

Contratos de Consumo e Atividade Econômica

Coordenadores

Teresa Ancona Lopez

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Autores

Adalberto Pasqualotto

Ada Pellegrini Grinover

Eneas de Oliveira Matos

Luís Renato Ferreira da Silva

Nelcina Conceição de Oliveira Tropardi

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Véra Maria Jacob de Fradera

Wanderley Fernandes

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série **GVlaw**

Teresa Ancona Lopez
Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Coordenadores

CONTRATOS EMPRESARIAIS

Contratos de Consumo e Atividade Econômica

Adalberto Pasqualotto
Ada Pellegrini Grinover
Eneas de Oliveira Matos
Luís Renato Ferreira da Silva
Nelcina Conceição de Oliveira Tropicardi
Paulo de Tarso Vieira Sanseverino
Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Véra Maria Jacob de Fradera
Wanderley Fernandes

1ª edição
2009

2ª tiragem
2010





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15021-8

Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica / Teresa Ancona Lopez,
Ruy Rosado de Aguiar Júnior, coordenadores – São Paulo : Saraiva, 2009. – (Série
GVLaw).

Vários autores.

1. Contratos - Brasil 2. Direito empresarial - Brasil 1. Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. II. Série

09-05710 CDU-347.74:338.91(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos empresariais :
Direito empresarial 347.74:338.93(81)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Editora Manuella Santos

Assistente editorial Daniela Leite Silva

Produção editorial Ligia Alves / Clarissa Boraschi Maria Coura

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy / Bernadete Rodrigues de Souza
Maurício

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de Morais

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Regina Machado

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco / Carla Cristina Marques / Elaine Cristina da Silva

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 20-9-2009

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do GV*law*.

PREFÁCIO

Fomos honrados com a coordenação do segundo volume do projeto editorial da Fundação Getúlio Vargas sobre os “Contratos Empresariais” e que prevê um total de quatro obras, a saber, teoria geral dos contratos, os contratos nas relações de consumo e mais dois outros volumes da parte especial: a organização da atividade empresarial e o seu financiamento.

A primeira idéia dessas publicações foi ter uma referência bibliográfica para o programa de especialização e educação continuada do *GVlaw*, porém, tais textos também serão úteis a todos os estudiosos e profissionais do Direito, em especial aos que militam na área contratual.

Este segundo volume trata dos “Contratos de consumo e atividade econômica” e, para tanto, foram selecionadas matérias de relevância prática no dia-a-dia das empresas e dos tribunais. Portanto, não pretende o presente livro esgotar nenhum assunto, tampouco se trata de um manual de direito do consumidor.

Os Coordenadores convidaram para elaboração do presente trabalho destacados juristas e advogados que atuam especialmente na seara dos contratos de consumo, sendo a maioria deles de renome nacional e internacional.

A matéria é introduzida por texto primoroso e inovador do brilhante professor, jurista e advogado gaúcho Luís Renato Ferreira da Silva e trata dos **Princípios do direito contratual no Código de Defesa do Consumidor: autonomia privada e boa-fé. Algumas reflexões sobre a sua harmonização**. O autor aborda os limites impostos pelo princípio da boa-fé nas relações privadas, sobretudo no que tange à autonomia contratual clássica. Explica-se que tanto consumidores quanto fornecedores devem estar sujeitos a estas limitações, que transcendem a figura estamental de sua participação social, remetendo na verdade à condição de indivíduo, por meio do princípio da dignidade da pessoa e do equilíbrio contratual.

Em seguida, temos matéria das mais importantes na vida empresarial, que é a da **Oferta e Publicidade** e que foi desenvolvida pelo renomado e aplaudido jurista, especialista em direito do consumidor, Adalberto Pasqualotto, que, de forma precisa, mostra os desdobramentos da Oferta e Publicidade, assunto de acentuada relevância para o CDC. Quanto ao tema da oferta, o autor mostra diversas abordagens para o estudo, assim como soluções principiológicas e extranegociais a respeito da vinculação e do aceite. Há também uma minuciosa explicação do conceito de publicidade e seu tratamento legislativo no ordenamento brasileiro. Importante parte relativa à diferenciação entre publicidade enganosa e abusiva.

Sem dúvida, com visão prática dos problemas da advocacia empresarial e com vistas para o futuro, foi desenvolvido o tema **Contrato de adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação**, do advogado e coordenador dos cursos de contratos empresariais do programa *GVlaw*, Wanderley Fernandes. Assim, por meio de um caso hipotético, o autor apresenta a importância de um estudo aprofundado sobre os contratos de adesão no mundo moderno, como a dinâmica que rege a racionalização dos processos de produção e contratação dentro de uma empresa. É, sem dúvida, texto inovador e que ressalta a indissolúvel ligação entre Direito e Economia.

O **Controle das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor: um exemplo de dirigismo contratual no direito positivo brasileiro** ficou a cargo do professor e advogado Enéas de Oliveira Matos, que trata da temática das cláusulas abusivas sob um novo olhar, dentro de um contexto de dirigismo contratual. Segundo o artigo, o CDC seria o maior exemplo deste tipo de dirigismo, que se insurge contra os abusos da autonomia contratual clássica, origem de um novo entendimento de abusividade contratual. Apresentam-se critérios para a verificação de existência dessas cláusulas, assim como de seus efeitos. O autor esmiúça os artigos do Código referentes ao assunto, apresentando alguns julgados que ilustram a

percepção dos tribunais. Arremata o artigo estudando a possibilidade de imputação de dano moral em caso de existência destas cláusulas.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, autor que dispensa apresentação, pois é jurista renomado no ramo do direito do consumidor, ocupando atualmente a Coordenadoria do Procon de São Paulo, elaborou importante texto sobre **Práticas abusivas, cobranças de dívidas e cadastros de consumo**. Inicia o artigo discorrendo sobre os conceitos de fornecedor e consumidor, passando à definição e detalhamento de todas as espécies de práticas abusivas arroladas no Código de Defesa do Consumidor. Este estudo conta com uma extensa análise da bibliografia sobre o tema, aliando-a a um levantamento jurisprudencial. Em um segundo momento, discorre sobre a cobrança de dívidas e os limites impostos pelo Código, assim como a criação e manutenção de bancos de dados de proteção ao crédito.

O artigo sobre a **Superposição de contratos** foi escrito por uma das mais importantes juristas nacionais, com projeção internacional, que é a professora da UFRGS Véra Maria Jacob de Fradera. A autora discorre sobre as semelhanças e divergências entre o Código Civil e o CDC em todos os aspectos da relação contratual: conceito de contratos, princípios e efeitos jurídicos, mostrando se há ou não a superposição de normas que regem essas relações.

O artigo **Responsabilidade por acidentes de consumo**, de autoria de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, nome dos mais brilhantes no cenário do direito do consumidor atual, veio trazer grande contribuição ao tema, pois o trata de forma abrangente e equilibrada. Leva em consideração a evolução doutrinária e jurisprudencial do assunto para, em seguida, abordar os pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor nos casos de acidente de consumo, cuidando, inclusive, dos casos de exclusão de tal responsabilidade.

Contratos de consumo e o ônus da prova é tema desenvolvido pela consagrada processualista e co-autora do Projeto de Código de Defesa do Consumidor Ada Pellegrini Grinover, que discorre sobre a

função das provas e a polêmica da inversão do ônus da prova nos processos referentes aos contratos de consumo.

Finalmente, a aplicação prática do direito do consumidor está em **Alguns temas pontuais em direito do consumidor**, de autoria de Nelcina Conceição de Oliveira Tropardi, advogada de empresa e especialista neste ramo do direito, que de forma objetiva e clara enfrenta alguns temas polêmicos sobre o Direito do Consumidor, como a caracterização da pessoa jurídica como consumidora, a aplicação da sistemática probatória no CDC, a atuação dos Serviços de Atendimento ao Consumidor e a utilização do dever de informar nas demandas promovidas pelos consumidores.

Sendo assim, temos certeza da grande qualidade deste livro feito por brilhantes cientistas do Direito para o atual momento empresarial, econômico e jurídico. Será, portanto, extremamente útil como ferramenta de trabalho para todos aqueles que têm nos contratos o principal objeto de suas atividades. Estão de parabéns a **Fundação Getulio Vargas** e a **Editora Saraiva** por essa iniciativa.

Teresa Ancona Lopez

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Coordenadores

SUMÁRIO

Apresentação

Prefácio

1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: AUTONOMIA PRIVADA E BOA-FÉ. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A SUA HARMONIZAÇÃO

Luis Renato Ferreira da Silva

1.1 A posição do consumidor em face das relações contratuais

1.2 A autonomia privada no âmbito das relações de consumo

1.3 O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo

1.4 A boa-fé e o equilíbrio contratual

1.5 O ponto a ponderar diante da presente discussão

Referências

2 OFERTA E PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Adalberto Pasqualotto

2.1 Introdução

2.2 Oferta

2.2.1 Oferta como negócio jurídico unilateral

2.2.2 Oferta como negócio bilateral

2.2.3 Solução principiológica

2.2.4 Soluções extranegociais

2.2.5 A oferta no CDC e a lógica econômica do mercado

2.2.6 O vínculo precede a obrigação

2.2.7 Diferença entre promessa ao público e oferta ao público

2.2.8 A diferença na coletividade e na indeterminação do aceitante

2.2.9 Contratos automatizados

2.2.10 O princípio da dignidade

2.3 Publicidade

2.3.1 Conceito

2.3.2 Requisitos de licitude

2.3.3 Publicidade enganosa

2.3.4 Publicidade abusiva

2.3.5 Contrapropaganda

2.3.6 Legitimidade ativa e passiva

2.4 Conclusão

Referências

3 CONTRATO DE ADESÃO E A RACIONALIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE PRODUÇÃO E CONTRATAÇÃO

Wanderley Fernandes

3.1 Introdução

3.2 Racionalização da atividade econômica

3.3 O contexto em que nasce o contrato de adesão

3.4 O conceito de contrato de adesão

3.5 A proteção legal

3.6 Conclusão

Referências

4 CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UM EXEMPLO DE DIRIGISMO CONTRATUAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Eneas de Oliveira Matos

4.1 Introdução

4.2 Do conceito amplo de liberdade contratual até a sua decadência e o dirigismo contratual

4.3 Intervenção estatal na liberdade contratual: dirigismo contratual

4.4 Aspectos do dirigismo contratual no direito positivo brasileiro

4.5 Código de Defesa do Consumidor: um caso paradigmático de dirigismo contratual

4.5.1 Controle das cláusulas abusivas no direito positivo brasileiro

4.5.2 Critério para verificação das cláusulas abusivas

4.5.3 Efeitos

4.5.4 Dano moral por cláusula abusiva?

4.6 Conclusão: função social do contrato e das cláusulas abusivas.

Referências

5 PRÁTICAS ABUSIVAS, COBRANÇAS DE DÍVIDAS E CADASTROS DE CONSUMO

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

5.1 Definição de práticas abusivas

5.2 Relação de consumo como pressuposto da configuração da prática abusiva

5.2.1 Conceito de consumidor

5.2.2 Conceito de fornecedor

5.3 Espécies de práticas abusivas

5.3.1 Venda casada

5.3.1.1 Venda casada no CDC

5.3.1.2 Venda casada na Lei de Proteção à Concorrência

5.3.1.3 Distinção da venda casada no CDC e na Lei n. 8884/94

5.3.1.4 Venda casada como crime contra a ordem econômica

5.3.2 Recusa de venda

5.3.3 Envio de produto ou prestação de serviço sem solicitação prévia

5.3.4 Exploração da hipossuficiência do consumidor

5.3.5 Execução de serviço sem prévio orçamento

5.3.6 Informação depreciativa sobre o consumidor

5.3.7 Desrespeito às normas técnicas

5.3.8 Elevação de preço sem justa causa

5.3.9 Exigência de vantagem excessiva

5.3.10 Falta de estipulação de prazo

5.3.11 Índice de reajuste diverso da lei ou do contrato

5.3.12 Preço superior ao tabelado

5.4 Da cobrança de dívidas

5.4.1 Exposição ao ridículo, constrangimento e ameaça

5.4.2 Interferência no trabalho, descanso ou lazer do consumidor

5.4.3 Devolução em dobro da cobrança indevida

5.4.4 Peculiaridades do regime do CDC e do CC

5.5 Bancos de dados de proteção ao crédito

5.5.1 Requisitos para a validade do registro

5.5.1.1 Direito à qualidade das informações registradas

5.5.1.2 Direito à prévia comunicação

5.5.1.3 Direito ao acesso dos dados e sua retificação

5.5.1.4 Direito à limitação temporal do registro

5.5.2 Responsabilidade civil pelo registro indevido

5.6 Cadastros de reclamação fundamentada

Referências

6 SUPERPOSIÇÃO DE CONTRATOS

Véra Maria Jacob de Fradera

6.1 Introdução

6.2 As divergências entre os contratos do Código Civil de 2002 e os “contatos” no Código de Defesa do Consumidor de 1990

6.2.1 A relação contratual – uma expressão da autonomia privada, em razão da liberdade e da igualdade; seus fundamentos

6.2.1.1 O conceito de contrato no âmbito do Código Civil de 1916

6.2.1.2 O conceito de contrato no Código Civil de 2002

6.2.1.3 A estrutura do contrato

6.2.2 A relação de consumo, um contato social dotado de efeitos jurídicos

6.3 As convergências entre os contratos do Código Civil de 2002 e os contatos do Código de Proteção ao Consumidor: soluções possíveis

6.3.1 O critério da vulnerabilidade da parte como uma das fórmulas a delimitar as fronteiras entre a relação civil e a consumerista

6.3.2 Aplicação do princípio segundo o qual a norma geral não derroga a especial, quando estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes: o exemplo do contrato de serviços no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor

6.4 Conclusão

Referências

7 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES DE CONSUMO

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

7.1 Introdução

7.2 Pressupostos da responsabilidade civil por acidentes de consumo

7.2.1 Defeito

7.2.2 Imputação ao fornecedor

7.2.2.1 Fundamentos da responsabilidade por acidentes de consumo

7.2.2.2 Fornecedores responsáveis

7.2.3 Dano

7.2.3.1 Conceito básico de consumidor

7.2.3.2 Reparação integral dos danos sofridos pelos consumidores

7.2.4 Nexo de causalidade

7.3 Defesa do fornecedor

7.3.1 Não-colocação do produto no mercado

7.3.2 Inexistência de defeito do produto ou do serviço

7.3.3 Culpa exclusiva da vítima

7.3.4 Fato exclusivo de terceiro

7.3.5 Caso fortuito e força maior

7.3.6 Eximente dos riscos do desenvolvimento

7.3.7 Prescrição

7.4 Conclusão

Referências

8 CONTRATOS DE CONSUMO E O ÔNUS DA PROVA

Ada Pellegrini Grinover

8.1 Prova e certeza

8.2 Incerteza e ônus da prova

8.3 A inversão do ônus da prova no Código do Consumidor

8.4 A carga dinâmica da prova

Referências

9 ALGUNS TEMAS PONTUAIS EM DIREITO DO CONSUMIDOR

Nelcina Conceição de Oliveira Tropardi

9.1 Introdução

9.2 A caracterização do consumidor pessoa jurídica em decisões judiciais

9.3 A aplicação da sistemática probatória prevista no Código de Defesa do Consumidor

9.4 O atendimento prestado aos consumidores pelos serviços de atendimento e as demandas judiciais

9.5 A utilização do dever de informar como estratégia de defesa nas demandas promovidas por consumidores

Referências

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada, em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em Direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadora da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Diretor Executivo do *GVlaw*

1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: AUTONOMIA PRIVADA E BOA-FÉ. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A SUASUA HARMONIZAÇÃO

Luís Renato Ferreira da Silva

*Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; mestre em Direito pela UFRGS;
professor da Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul; sócio do escritório
TozziniFreire Advogados.*

1.1 A posição do consumidor em face das relações contratuais

Tratar dos princípios que regem determinada matéria jurídica é sempre um tema no qual se corre o risco de pecar pelo uso inadequado de conceitos ou pela tendência de generalizar regras de modo a que se caia em um discurso programático distante da concretude que seria desejável.

Por tal motivo, focalizar os princípios que versam sobre a matéria contratual no direito do consumidor impõe uma prévia delimitação do que será efetivamente examinado e sob que ângulo se dará o exame.

No caso do presente artigo, a linha é a de examinar como o princípio da autonomia privada está consubstanciado nas normas do Código de Defesa do Consumidor, bem como examinar o papel aí desempenhado pelo princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Para tanto, é mister ver que o Código de Defesa do Consumidor possui, mais do que um princípio, um postulado hermenêutico que norteia toda a sua estruturação, a saber, a idéia de vulnerabilidade do consumidor.

Muito embora o art. 4º da Lei n. 8.078/90 abra o rol do que denomina princípios, no inciso I, com o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, tem-se que tal norma traduz um verdadeiro postulado para o intérprete, que deve tê-la em mente como o substrato que justifica outras normas e que direciona a principiologia acolhida durante a sistematização da matéria¹.

Neste ponto, surge a premissa básica de um microsistema como o protetivo do consumidor. Tal premissa reside na circunstância de ter-se o titular das posições vantajosas considerado enquanto membro de uma determinada classe ou de um determinado estamento (entendido este como sendo as pessoas que se agrupam por qualidades não individuais, mas por titularidade de um certo *status*). Quer-se dizer, em uma sociedade massificada, a proteção que se destina ao consumidor não considera a pessoa individual com suas características próprias, mas pelas características que genericamente a ligam a outros indivíduos que detêm as mesmas qualidades. Assim, o consumidor enquanto adquirente ou usuário de um produto ou serviço como destinatário final faz jus, porque pressuposta a sua vulnerabilidade, à gama de normas protetivas disciplinadas pelo Código.

Em alguma medida, faz-se o caminho inverso da célebre passagem descrita por Henry Sumner Maine em seu clássico *O direito antigo*, na qual descreve o surgimento do contrato como sendo o novo paradigma que atribui direito mais ao indivíduo como pessoa (*rectius*, sujeito de direito) do que como membro de uma classe ou estamento (membro da família, ou na condição de escravo ou, mais próximo do advento do paradigma revolucionário francês de um dos estados da nobreza, do clero ou do genérico terceiro estado)².

A cada passo que se dá na direção de abstrair a qualidade individual para considerar as características coletivas, adentra-se na senda da atribuição genérica de direitos e deveres e não mais na construção personalizada de cada uma dessas situações.

Para a compreensão dos princípios que serão examinados, antes de qualquer juízo de valor sobre ser vantajosa a configuração estamental do direito dos consumidores, é mister perceber que esta é a realidade normativa adotada e o que justifica institutos protetivos dentro do direito contratual do consumidor.

Assim, no microsistema do Código de Defesa do Consumidor, ao pensar-se no ato de autonomia que o consumidor pratique, está-se diante de um agir que parte de um membro de uma classe vulnerável, o que se projeta na boa-fé objetiva e no equilíbrio contratual que norteará o referido ato de autonomia, justificando-se as intervenções legais e jurisprudenciais, pela idéia de vulnerabilidade.

Isto fica bastante nítido quando, dentro da sistemática do CDC, preocupa-se o legislador em criar figuras de equiparação ao consumidor. É o caso do art. 17, com a extensão dos efeitos protetivos aos terceiros vitimados por danos decorrentes de fato do produto ou do serviço (os denominados *bystanders*), ou, ainda, no art. 29, ao estabelecer a equiparação das pessoas expostas às práticas comerciais consideradas abusivas.

Essas situações deixam claro que há uma proteção dispensada sem enfoque do indivíduo enquanto tal, mas do indivíduo enquanto membro do grupo, do coletivo.

Não se afastando destas noções, pode-se passar ao exame dos princípios.

1.2 A autonomia privada no âmbito das relações de consumo

Aceitar-se a idéia de autonomia privada nas relações de consumo é, em alguma medida, identificar que as referidas relações desenvolvem-se por meio de contratos e que estes, por maior que seja a intervenção legal na sua esfera, contêm na sua própria estrutura um ato de vontade propulsor da sua realização e, mais ainda, condicionador da função econômica da contratação.

A autonomia, entendida como espaço para a regulamentação dos interesses individuais, na célebre definição de Emilio Betti³, faz parte da estrutura contratual na medida em que esta é entendida, tecnicamente, como sendo um negócio jurídico. O negócio jurídico atua como fonte de obrigações que encontram o seu nascedouro em uma declaração de vontade emitida por uma das partes, recepcionada pela outra e por esta correspondida, que tem como escopo não só expressar o querer fazer o negócio, como também o querer determinar as condições dos seus efeitos jurídicos.

No ato negocial, do qual o contrato é a espécie que versa sobre deslocamentos patrimoniais, a vontade dos partícipes reside não só na consciência do querer formar o ato, mas também no conformá-lo, ou seja, em dar-lhe o conteúdo.

Para assegurar a higidez da primeira finalidade, o ordenamento jurídico cria institutos protetivos da consciente declaração de vontade, seja ao exigir requisitos mínimos para sua manifestação (como a capacidade ou os instrumentos supridores da incapacidade – representação e assistência), seja ao estabelecer invalidades na distorção da sua emissão (como vícios de consentimento – erro, dolo, coação; como vícios sociais – fraude a credores e simulação; ou, na nova disciplina do Código Civil de 2002, como defeitos do negócio – nos quais se agrupam os anteriores e se agregam a lesão e o estado de perigo).

Já na conformação, passa-se algo semelhante, na medida em que certos pontos são imperiosos de constar em certos contratos como conteúdo mínimo (pense-se nas condições gerais legais que vigoram sobre contratos de seguro, nos financiamentos pelo Sistema Financeiro Habitacional, nos contratos de Plano de Saúde ou, em

escala menos ampla de abrangência, nos contratos de representação comercial, de concessão de veículos ou de transporte).

De qualquer sorte, o surgimento histórico do papel da autonomia como motor das regulamentações privadas representou, ao longo da história, um passo evolutivo de nítido caráter libertário e fomentador da igualdade social. Lembre-se que até o advento da Revolução Francesa e, no campo jurídico, na consolidação legislativa do *Code* de 1804, ter-se o consentimento como gerador de obrigações era algo alheio à realidade jurídica como regra. Daí as assertivas anteriormente feitas sobre a natureza estatutária do direito. A titularidade de direitos e a contração de obrigações, vinculadas que estavam ao estamento ao qual pertencia o seu titular inegavelmente criavam estrados diferenciados de aquisição e impedia que, pelo simples fato de ser cidadão, alguém passasse à condição de titular de direitos e deveres.

Quando se afirma que pela manifestação de vontade e o consentimento trocado as relações jurídicas privadas estão reguladas, rompe-se com o paradigma estamental. Pressupondo a igualdade, não há por que as vantagens não serem conquistadas senão pela vontade livre e higidamente manifestada.

Com esta estrutura clássica, compreende-se que a lógica da construção da autonomia representasse um avanço a ser defendido contra ataques, certamente classistas e, à época, reacionários (no sentido literal de reação à nova ordem que passava a vigorar).

A lógica da autonomia contratual pode ser tida como estribada na idéia de formação de regras para relações jurídicas privadas a partir do consentimento. Este traduzia o acordo de vontades sobre o objeto e a forma da contratação, sendo suficiente, em regra, sem outras formalidades (fossem elas reais – como a tradição – ou meramente decorrentes de formas externas – como a dicção de fórmulas ou a redação de atos), a manifestação do consenso, daí a máxima *solo consensus obligat*.

Desta manifestação de autonomia, traduzida como liberdade contratual⁴ de escolher quando contratar, com quem contratar e, fundamentalmente, como contratar (dar a conformação do

contrato), decorrem os dois efeitos básicos da liberdade (por alguns considerados como subprincípios): o efeito vinculante ou obrigatório do contrato e o efeito relativo do contrato.

Se as partes contratantes se vinculam por conta do livre exercício do consentimento, a palavra dada e trocada acaba por impor o seu cumprimento vinculando os contratantes de modo a tornar obrigatório o contrato. A máxima que traduz este efeito é a idéia de *pacta sunt servanda*.

Na mesma linha de raciocínio, se as partes livremente manifestaram o seu consentimento e se este os vincula, só poderá vincular aqueles que manifestaram a intenção de contratar, de modo que todos os que se encontrem alijados do contrato por não terem manifestado o consentimento, por ele não podem ser atingidos. É a idéia contida na máxima segundo a qual o contrato é *res inter alios acta, neque prodest, neque nocet*.

A racionalidade é compreensível e não pode perder de vista a evolução que significou, ao seu tempo, em termos de pacificação social e asseguuração da igualdade entre os indivíduos.

Claro que o pano de fundo cultural, político e econômico que sustentava e estribava tal concepção da formação dos direitos individuais também pressupunha uma igualdade material ou de condições que, com o passar do tempo, acabou por se mostrar alterada.

As ligações entre direito e tempo⁵, normalmente de uma importância fundamental para a compreensão de uma dada realidade, no campo das atividades econômicas se faz sentir profundamente.

No que tange ao tema próprio objeto deste trabalho, as relações de consumo passaram a ser um modo de relações privadas cada vez menos suscetíveis de regerem-se pelos critérios oitocentistas de determinações individuais. A dinâmica da sociedade massificada, marcada profundamente pelo modelo fordista de produção, criou, ao lado das relações temporalmente mediadas pelo conhecimento e pelas circunstâncias dos envolvidos, relações econômicas muito mais

dinâmicas, temporalmente imediatas que, em alguma medida, tornaram ineficazes as estruturas como tradicionalmente estabelecidas.

A rigor, mais do que ineficazes, em vários momentos estas estruturas passaram a ser nocivas na medida em que a sua aplicação pura e simples acabava por gerar situações antagônicas com a idéia original. Quero dizer, originalmente, o recurso à liberdade era uma forma de exaltar a igualdade e de efetivar relações concretas comutativas entre as partes, sem imposições externas (decorrentes do *status* das partes envolvidas). Na medida em que os pressupostos sociais modificaram-se, a utilização *tout court* da mesma principiologia acabava por atingir finalidade diversa.

A utilização dos mesmos instrumentos, sem adaptações que considerem a realidade, constrói verdadeiro leito de Procusto, cortando a realidade para que o instrumento não se altere.

No caso de alguns instrumentos jurídicos, a sua maleabilidade não torna imperativo que ele seja descartado ou alterado em si, mas que a principiologia que o oriente se adapte à necessidade de preencher de valores os conceitos jurídicos.

As relações de consumo encontram-se neste quadro, na medida em que continuam a dar-se no plano negocial, sob o revestimento jurídico dos contratos.

E não há por que deixar de valer-se de contratos para regular tais questões. Entretanto, mister se faz que os contratos em cujo objeto repousem relações de consumo sejam lidos à luz dos princípios atualizados ou considerando a realidade que visam guiar.

É inegável que na sociedade de consumo as posições isoladas dos consumidores encontram enorme disparidade diante dos fornecedores por vários motivos que se tem versado sobre o nome de vulnerabilidade, ou seja, uma condição fática, econômica, social, intelectual ou, até mesmo, emocional de desigualdade material⁶.

Esta desigualdade decorre, em grande medida, do fato de que há uma desproporção fática que se reflete na relação jurídica. Enquanto

o consumidor mantém aquela relação com o fornecedor, este mantém muitas outras semelhantes, de modo que, se o consumidor não finalizar aquela operação, as conseqüências são diferentes. Para o fornecedor muitas outras haverá. Para o consumidor, é só aquela. A relação necessidade-utilidade é que dá a tônica. Para o consumidor (seja quais forem as razões, ainda que não necessidades vitais ou originárias, mas supérfluas ou criadas), a relação guarda um episódio de necessidade (é comum serem ouvidas expressões como “não posso perder esta oportunidade”, “preciso de tal bem”); para o fornecedor fica a questão da utilidade (no sentido de vantagem econômica que retira do negócio, sendo útil para o prosseguimento das suas atividades). Neste quadro, efetivamente há uma desproporção significativa.

A solução adotada pelo nosso ordenamento acabou sendo a que, conservando os instrumentos jurídicos, passou a tratá-los não na perspectiva da autonomia plena, mas considerando o exercício conjunto da referida autonomia.

Há, em verdade, como anunciado na introdução acima, um retorno à situação estatutária, na medida em que a proteção aos consumidores passa a ser feita enquanto titulares desse *status*. Reconhece-se que as relações de consumo, se consideradas individualmente, acabariam por impedir uma igualdade material. Passa-se a tratar, então, do conjunto dos consumidores e, nesta esfera, a tê-los como titulares de necessárias proteções, pois lhes concede a presunção de pertinência ao mesmo estrado social, contratantes de bens como destinatários finais vulneráveis enquanto indivíduos.

A posição assim adotada atua no núcleo da autonomia privada, pois dá-se um conteúdo à noção intimamente ligada a esta presunção.

Não se vê mais, no ato de consentimento, uma livre manifestação em igualdade de condições, mas um agir que deve ser utilizado para certos fins, em especial os de proteção e defesa do consumidor, com normas de ordem pública e de interesse social. O enfoque é

claramente o de criar um arcabouço jurídico protetivo e, portanto, de quebra da igualdade formal em busca da igualdade material.

Uma comparação com as regras do Código Civil avivaria bem esta divergência. Apenas para exemplificar, a regra da oferta no CDC não comporta uma eventual desistência, diversamente do Código Civil que, no parágrafo único do art. 429, prevê tal possibilidade. Há um limite ao exercício da autonomia na medida em que se tem uma irrevogabilidade imposta por lei (este é apenas um dos aspectos de divergência, muito embora haja outros que não me parecem diretamente ligados ao exercício do ato de autonomia).

Igualmente a regra de hermenêutica dos contratos de consumo (em muitíssimos casos de natureza adesiva) também diverge da regra dos contratos de adesão no campo do Código Civil. Enquanto o art. 47 do CDC afirma que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, o art. 423 do Código Civil diz que, nos contratos de adesão, *as cláusulas ambíguas ou contraditórias* devem ser interpretadas em favor do aderente. Novamente um prestígio à plena autonomia nos contratos de direito civil, visto que apenas na ambigüidade ou contradição é que haverá uma interpretação em prol do aderente. Diversamente dos contratos de consumo nos quais toda a leitura é feita com a lente protetiva.

Os exemplos (e são apenas exemplos mínimos de várias outras situações) demonstram a tendência ao limite no exercício da autonomia. Este tipo de limitação pode ser classificado de duas maneiras⁷. De um lado há limites negativos, que impedem o uso da liberdade de tal ou qual modo. É desta espécie a regra da oferta quando impede que se faça o exercício da autonomia para prever a revogabilidade nas relações consumeristas.

Já, por outro lado, pode-se cada vez mais falar em limitações positivas, ou seja, a imposição de restrições por meio de obrigações positivas, obrigações de fazer o uso da autonomia de tal ou qual forma. São limites intrínsecos ao seu exercício e forçam que o contrato de consumo tenha um determinado conteúdo ou seja veículo de um determinado fim (quando surge a idéia de

funcionalização do contrato). Exemplos podem ser dados com o rol das práticas contratuais abusivas. Em vários dos incisos do artigo 39 verifica-se a necessidade de que o contrato tenha um determinado conteúdo, como no inciso IX – que veda a recusa de realização do contrato diretamente – ou no inciso XII – que impõe a inclusão de prazo para o cumprimento da obrigação.

O que se vai delineando, portanto, é um tratamento à autonomia que a circunda de limites, mas que também condiciona o seu exercício, de modo a também limitá-la.

O argumento acaba por servir, em alguma medida, de afirmação da autonomia como o núcleo central da relação contratual de consumo, tanto que circunscrita dentro dos limites e com os seus condicionantes. Em momento algum se poderia pensar, portanto, na ausência da autonomia. Apenas que seu exercício se dá dentro das alterações referidas e fruto dos influxos da realidade em que ela se desenvolve.

Isto faz com que avulte o papel desenvolvido pelo outro princípio que se pretende examinar, o da boa-fé objetiva, visto que ele deverá contrabalançar o aspecto de verdadeira autonomia individual e o aspecto de interferência das proteções estatutárias.

1.3 O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo

O princípio da boa fé objetiva foi introduzido legislativamente no direito brasileiro com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que, no art. 4º, III, plasmou-o de modo até então não declinado nas leis civis. Mais adiante, o inciso IV do art. 51 volta a mencioná-lo como parâmetro de mensuração da abusividade das cláusulas.

O fato de anteriormente a 1990 a legislação não consubstanciar especificamente o princípio não o alijava do sistema nacional, sendo

compreendido, até então, como princípio subjacente, pioneiramente analisado como tal, entre nós, por Clóvis do Couto e Silva⁸.

Assim, o tratamento doutrinário que vinha sendo dispensado ao princípio da boa-fé passou, a partir de então, a receber maiores contribuições, inclusive surgindo no plano jurisprudencial.

No dizer de Judith Martins-Costa:

A boa-fé objetiva, encerrando um complexo de normas de conduta que englobam todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelecendo entre eles “um elo de colaboração, em face do fim objetivo (da obrigação) a que visam”, vem sofrendo, na história, momentos de ascensão e queda (...)⁹.

De qualquer sorte, costuma-se tê-la no papel de criar regras de conduta que adaptem os comportamentos individuais às expectativas que cada parte gera no outro contratante. A rigor, há um *standard* realmente genérico que considera o que normalmente se espera de pessoas de boa-fé em dadas circunstâncias (o comportamento do homem médio) e, a seguir, uma concretização específica que considera as características do caso individual.

Há uma operação de exame das expectativas genéricas para qualquer um que estivesse naquela situação e uma especificação para o caso concreto, com o exame das alterações que a realidade individual possa ter produzido no padrão médio esperado.

Assim, a boa-fé funciona, genericamente, criando uma regra de conduta. Especificamente, esta regra de conduta tem funcionalidades mais determinadas, atribuindo-se ao princípio da boa-fé três mais específicas.

A primeira funcionalidade desempenhada pelo princípio diz com a atividade hermenêutica. Na medida em que a obrigação contratual é compreendida como um vínculo de cooperação entre os contratantes¹⁰, certamente o comportamento das partes na sua execução deve pautar-se por um agir leal e cooperativo, ou seja, as

partes devem buscar o adimplemento de forma conjunta, visto ser o elemento comum objetivo que polariza as atuações contratuais.

No momento em que as partes divergem sobre a real interpretação que deve ser dada a alguma ou a algumas das cláusulas contratuais, para além da busca da intenção comum (muitas vezes dificultada ou impossibilitada justamente pela divergência que surge), faz-se mister que o intérprete se valha de recursos interpretativos que sejam comuns às partes e permitam uma visão conjunta do pacto. Aí passa a desempenhar papel fundamental a boa-fé. A regra de conduta que esta cria para as partes (de agir lealmente, de não frustrar as expectativas legítimas) é o parâmetro que o julgador deve utilizar para compreender as cláusulas.

As cláusulas contratuais criam normas concretas de conduta em uma determinada relação negocial. O que a boa-fé faz, ao subsidiar a interpretação, é esclarecer que o conteúdo da cláusula deve estabelecer condutas proporcionais às expectativas criadas. Assim, não seria razoável, ao interpretar determinada cláusula contratual, deixar de observar o conjunto das demais cláusulas (atendendo ao critério decorrente da boa-fé de exame sistemático do texto contratual); ignorar o comportamento das partes ao longo da execução contratual (efetivando aquilo que o antigo Código Comercial brasileiro de 1850 considerava “a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do contrato”, ou seja, “o fato dos contraentes posterior ao contrato”) ou deixar de considerar os usos e práticas que envolvem a realidade contratual, haja vista a regra de conduta *standard* considerar o contexto contratual¹¹.

Estas regras, em se tratando de aplicação no Código de Defesa do Consumidor, esbarram na determinação (já referida anteriormente) do art. 47, que impõe uma interpretação favorável ao consumidor. Há já algum tempo tem-se claro que as regras legais sobre a interpretação contratual são cogentes e têm como destinatário o julgador que irá apreciar o litígio¹². Dentro desta linha, a indagação que surge é a de saber até que ponto é compatível uma

interpretação voltada sempre ao interesse do consumidor e a regra da boa-fé.

Se as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor do consumidor, isto poderia induzir à idéia de que este critério se sobreporia ao exame concreto (até porque a regra de que os contratos devem ser interpretados *contra stipulatorem* também é um critério objetivo que decorre da incidência do princípio da boa-fé). Efetivamente tal raciocínio não pode vingar, pena de contrariar-se a principiologia que vê na boa-fé uma regra de conduta bilateralmente estipulada e que deve atingir a ambos os contratantes, o que está implicitamente anunciado quando o art. 4º, III, do CDC define a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Uma segunda funcionalidade reside no enriquecimento do vínculo contratual. Sendo o contrato fonte de obrigações, costuma-se classificar estas obrigações em dois grandes grupos¹³. As obrigações principais ou primárias e as acessórias ou secundárias. Aquelas dizem respeito ao núcleo do contrato e do conjunto obrigacional sendo o móvel que leva os contratantes a assumir o negócio jurídico. Normalmente, em se tratando de contrato típico, vêm descritas na própria definição do contrato e são consideradas o próprio objeto do contrato. Na compra e venda, por exemplo, a entrega da coisa para o vendedor é a obrigação principal (o que leva o comprador a aceitar o contrato), enquanto o pagamento do preço para o comprador é o seu dever primordial (móvel da aceitação do vendedor)¹⁴.

Ao lado dessas obrigações, há as secundárias ou acessórias que decorrem ou de estipulação legal ou de fixação no contrato. Estas podem desempenhar diversas funções.

Podem ser preparatórias do cumprimento da obrigação principal. Para seguir no exemplo da compra e venda, muito embora não seja o mote da contratação, algum dos contratantes deverá arcar com as eventuais despesas de tradição da coisa móvel. Assim, ou as partes determinam quem pagará este custo (por exemplo, o frete na entrega do bem móvel) ou a lei o faz (como no art. 490 do CC). Esta obrigação serve para preparar o cumprimento da obrigação principal.

Ao contrário da principal, a obrigação acessória não é desejada pelas partes, mas é inerente à complexidade obrigacional. Outro exemplo de obrigação preparatória está sempre no didático exemplo da compra e venda, nas despesas de transmissão da propriedade. Se se tratar de bem imóvel, a transmissão do domínio importa em gastos com tributos e emolumentos. Alguma das partes deve arcar com isto. Novamente, ou o contrato distribui este custo, ou a lei o faz (no já citado art. 490 do CC).

Também há obrigações substitutivas da obrigação principal. Em caso de perda da prestação principal ou de sua impossibilidade superveniente, ela será substituída pelo equivalente indenizatório. Não é isto que as partes desejam, mas algo terá que substituir a obrigação que se perdeu ou impossibilitou, de modo que aqui a obrigação é secundária no sentido de vir em segundo lugar na forma de cumprimento, como alternativa ao adimplemento.

Por fim, há outro grupo mais abrangente, no qual as obrigações secundárias são dotadas de pretensão autônoma, não guardando uma relação de preparação ou de substituição da principal, mas convivendo com ela, como, por exemplo, a multa moratória ou a obrigação de prestar contas.

A característica das obrigações acessórias, para além do fato de não serem o móvel da contratação (papel desempenhado pelas obrigações principais), é a sua determinação legal ou contratual. Há sempre um texto na lei ou no contrato que as cria. Sem previsão legal ou contratual, elas não surgem.

O quadro das obrigações que surgem da contratação, portanto, está assim delineado: obrigações principais e obrigações secundárias em suas várias modalidades. Qual o papel da boa-fé? Ela enriquece este conjunto de obrigações e deveres, criando outros que não estão necessariamente previstos em lei ou no contrato, mas que surgem por conta do modo de agir dos contratantes.

Contratantes que agem de boa-fé acabam por implementar deveres novos na medida em que criam expectativas legítimas na outra parte. Muito embora não haja uma previsão legal ou contratual expressa, há a obrigatoriedade no seu cumprimento. São os

chamados deveres anexos ou laterais que, por não integrarem o contrato ou o texto legal, orbitam na relação contratual ao lado, como um anexo, dos deveres e obrigações principais e secundárias.

Variadas são as classificações destas obrigações¹⁵, mas tradicionalmente agrupam-se em três modalidades: os deveres de informação e lealdade (bastante comuns nos contratos de prestação de serviço, por conta da disparidade técnica entre o prestador e o tomador visto que aquele detém conhecimentos ignorados por este), os deveres de cooperação e lealdade (como os que impõem ao credor ajudar no adimplemento, não criando obstáculos ao devedor ou deste facilitar a fruição do objeto pelo credor) e os deveres de proteção e cuidado (como os que determinam medidas assecuratórias quer do outro contratante, quer do objeto contratual).

Estes deveres anexos ou laterais, por decorrerem da boa-fé, não constam do texto contratual ou legal, mas decorrem de um modo de agir concreto, efetivado em determinada relação contratual, podendo não aparecer em outra, ainda que o tipo contratual envolvido seja o mesmo.

Muitos dos deveres que, em outras relações que não são de consumo, podem ser considerados como anexos ou laterais, acabaram sendo impostos por lei para os contratos de consumo, de modo que deixam de se enquadrar nesta classificação para serem considerados deveres ou obrigações secundárias (e, dependendo da relação de consumo, deveres ou obrigações principais). É o caso do dever de informar do fornecedor que deve constar expressamente da apresentação do produto (prevista no art. 6º, III, do CDC e reiterada em outros dispositivos como o art. 9º do mesmo Código). Igualmente, refoge à lealdade informar ou divulgar informações depreciativas do consumidor que se vale de um direito (regra do art. 39, VII, do CDC) que serve de exemplo do dever de lealdade ou cooperação. Igualmente as regras constantes da Seção I do Capítulo IV do CDC ("Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos") concernem a deveres de proteção e cuidado.

Nesses casos, não é mister um recurso à boa-fé, pois os referidos deveres já estão consignados em lei e independem da relação

concreta que possa ter ensejado maior ou menor confiança ou gerado maior ou menor expectativa na outra parte. Daí que sustento a sua não caracterização como deveres anexos ou laterais.

Isto não significa que a relação de consumo não os possa gerar, apenas que o caráter protetivo inerente às normas de consumo dispensa um incremento nos deveres principais e acessórios, em grande parte minorando o campo de atuação desta função, pois subsumida nos variados dispositivos legais existentes, em relação aos fornecedores.

Talvez o recurso à boa-fé como enriquecedora do vínculo esteja muito mais ligado às atitudes do consumidor do que propriamente às do fornecedor, justamente por conta de estas estarem bastante esmiuçadas na lei e assumirem a posição de deveres ou obrigações principais ou secundárias.

Já ao consumidor, como o Código é vocacionado a ser protetivo, estão ausentes deveres ou imposições mais explícitas, o que importa em que ele tenha o seu comportamento parametrizado pelo agir conforme à boa-fé. Assim, em várias oportunidades, surgirá para o consumidor algum dever que nem o CDC lhe prescreve e nem está constante do texto contratual, mas que ele deverá observar para agir de boa-fé.

É o caso, por exemplo, do consumidor que, sempre recebendo a fatura de pagamento de determinado fornecedor, comece a não mais recebê-la. Ainda que se possa considerar a dívida como *quérable*, a boa-fé impõe ao consumidor o dever de informar-se sobre o não-recebimento, visto que poderá ter ocorrido algum problema de postagem ou de alteração de dados. Não é adequado o comportamento do consumidor que simplesmente se abstenha de agir porque "se não fui cobrado como sempre sou, problema do fornecedor".

De todas as funções, porém, a que melhor parece se adequar no caso das relações de consumo é a terceira das funcionalidades, a saber, a mitigação de posições jurídicas. Por esta função, afirma-se que certas posições vantajosas que as partes titulem na relação contratual podem ser mitigadas de modo a não mais poderem ser

exigidas. Aqui a doutrina costuma agrupar as figuras da *supressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium* e *tu quoque*. O Código Civil de 2002 contempla esta viabilidade no riquíssimo art. 187, que estabelece novo paradigma para o exercício de direitos.

Pela *supressio*, suprime-se uma determinada posição vantajosa por conta da inércia de uma das partes, que, pelo reiterado abster-se na invocação da cláusula contratual, acaba por criar na outra parte a justa expectativa de que não mais irá invocá-la. Passando o tempo, se, subitamente, o contratante decidir invocar aquela cláusula, acabará por ver mitigado o direito de usá-la. Exemplo pode ser visto no caso em que um locador concedeu o desconto nos valores mesmo que os pagamentos se dessem fora do prazo estabelecido e, depois, pretendeu que o locatário estivesse inadimplente porque pagou os valores locativos a menor. Embora a cláusula dissesse que o desconto só seria dado em caso de pagamento até uma determinada data, por longo tempo o locatário sempre pagou com o desconto, mesmo sem que fosse na data. Quando viu invocada contra a si a regra contratual, esta deixou de vinculá-lo por conta da aplicação da *supressio*¹⁶.

A *surrectio* caminha no sentido um pouco oposto. O agir de um dos contratantes, por reiterado e criador da expectativa, gera no outro a certeza de que já se pode se valer de uma posição que, até então, não desfrutava. Pelo agir do contratante, surge para o outro uma pretensão até então inoponível. É o caso do adquirente de um imóvel em construção que, vendo passar o tempo e adimplindo suas prestações, percebe que a edificação está muito atrasada e resultará em mora do construtor. A rigor, até o momento em que decorresse o prazo contratual, o adquirente não poderia considerar o construtor em mora, mas, pelo seu agir, certamente há uma quebra antecipada do contrato, fazendo surgir o direito de constituição em mora e eventualmente de resolução¹⁷.

O *venire contra factum proprium* consiste na adoção, por ambas as partes, de um comportamento diverso do estipulado em cláusula contratual e que se vai reiterando ao longo do tempo de

modo a produzir verdadeira alteração no conteúdo da cláusula, passando a ser a nova regra da relação. Se uma das partes decidir voltar-se contra este comportamento que, por reiterado e comum, gerou na contraparte a expectativa legítima da sua continuidade, haverá malferimento desta expectativa legítima, a impor a sua proibição com base na idéia de ser proibido voltar contra seus próprios atos sem ferir a boa-fé. Dos muitos exemplos possíveis (pois neste item a jurisprudência tem sido bastante pródiga), pode-se citar o comportamento de determinada parte que assume, espontaneamente, obrigações da outra e, posteriormente, vem alegar que isto configura descumprimento, visto que o devedor original não cumpriu por si só as obrigações. Ora, o que houve foi a criação da expectativa, de parte do primitivo devedor, de que não precisaria ele cumprir, haja vista que o credor fez por si só. Pode-se ver uma situação desta no caso em que o adquirente de um imóvel precisa de regularizações junto a órgãos administrativos para poder registrar o bem adquirido e toma a si estas obrigações que eram da outra parte. Não poderá, mais tarde, sustentar o simples inadimplemento sob pena de contrariar a boa-fé¹⁸.

Por fim, o *tu quoque* traduz a situação em que determinada pessoa, descumprindo uma regra contratual, arvora-se em credora da mesma regra porque a outra parte a descumpriu. Se um dos contratantes não cumpre uma regra contratual, a mensagem que ele passa para a outra parte é a de que não se importa com o inadimplemento. Se, posteriormente, a parte primitivamente lesada pelo inadimplemento vier a descumprir a regra, não poderá o que primeiramente a descumpriu exigir o adimplemento. Estaria ele valendo-se da própria torpeza. Aliás, o Código Civil, ao prever a hipótese de dolo bilateral (no art. 150) concretiza a aplicação deste instituto, pois veda a alegação de dolo, caso ambos os contratantes tenham se valido dele.

Em vários momentos do CDC vê-se a concretização desta idéia, em especial no rol do art. 39 ao vedar as práticas abusivas. Muitas das práticas ali inseridas poderiam, caso não houvesse a regra expressa, ser deduzidas da função mitigadora da boa-fé e

considerando que a lista é meramente exemplificativa (tanto que o *caput* usa a expressão “*dentre outras*”), se a linha comum das vedações é o fato de elas mitigarem posições eventualmente possíveis, não fora a vulnerabilidade do consumidor, tem-se que outras práticas podem ser conduzidas ao rol por uso desta funcionalidade.

1.4 A boa-fé e o equilíbrio contratual

A idéia de equilíbrio contratual no âmbito do CDC apresenta uma peculiaridade em relação à mesma noção no campo do direito civil comum. Nos contratos paritários a relação parece residir no caráter sinalagmático do contrato, que impõe uma relação de comutatividade, bem como hoje, com o advento da função social do contrato estampada no art. 421¹⁹, estribando-se como princípio nela implícito²⁰. No direito do consumidor, a regra do equilíbrio das relações (*rectius*, das relações contratuais) está jungida à boa-fé, tanto no art. 4º, III, como no art. 39, V, e, bem destacadamente, no art. 51, IV, todos do CDC.

A idéia de equilíbrio pressupõe que a troca contratual seja justa (no sentido de comutativa) e útil (no sentido de beneficiar ambas as partes). Nesse sentido, rigorosamente, não haveria por que se cogitar da boa-fé como fundamento do equilíbrio, não fosse a circunstância de que, no direito do consumidor, o equilíbrio é uma forma de mitigação da liberdade contratual por tentativa de proteção ao vulnerável, razão pela qual a idéia de equilíbrio já estaria (cor)rompida desde o início. Se a relação é desigual, o que acaba por impor o seu equilíbrio é o modo como as partes vão se comportar na fase das tratativas, na formação, na execução e na posteridade contratual.

Daí que os institutos que asseguram o equilíbrio residem, quando da formação do contrato, na vedação da lesão e da inserção de cláusulas abusivas, dois institutos que o CDC trata com remissão à

boa-fé. Na lista das cláusulas abusivas, por exemplificativa, tem-se como parâmetro de inclusão a regra do inciso IV do art. 51, que funciona como cláusula geral da abusividade das cláusulas, a dispensar mesmo a lista exemplificativa que lhe rodeia dada a amplitude dos seus termos:

São nulas de pleno direito, entre outras, (...), as cláusulas contratuais (...) que: IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

A presença de cláusula abusiva certamente reflete no equilíbrio contratual na medida em que, quando ela mesma vier a ser invocada, gerará para o beneficiário uma vantagem excessiva, ainda que a princípio não ilícita, rompendo com a expectativa normal do modo de distribuir os ônus e encargos da relação contratual.

Num exame dos vários outros incisos do art. 51, percebe-se, claramente, a noção de boa-fé como garantia das expectativas legítimas, vedando-se a fuga destas expectativas. Cláusulas que em qualquer outro contrato pareceriam normais, no campo do consumo, dada a vulnerabilidade do consumidor e as peculiaridades da relação díspar, acabam por gerar a abusividade vedada. Pode-se demonstrar isto com vários dos incisos.

O inciso IX considera abusiva a opção unilateral de ser firmado o contrato. Ora, um contrato preliminar unilateral é conhecido da doutrina civilista há muito e encontra guarida no art. 466 do Código Civil. No contrato de consumo, considerando-se que o fornecedor pratica a mercancia de determinado produto, prever-se a possibilidade de ele desistir, mas impor isto a quem só busca o produto para consumo e não como atividade econômica, frustra a expectativa daquela parte que se dirige ao estabelecimento justamente para comprar e vê-se, uma vez lá, obrigado a adquirir,

mas não sabendo se o contrato se formará. Isto é nítido caso de rompimento da expectativa padrão em relação a fornecedores que, ordinariamente, querem é vender seus produtos ou prestar seus serviços...

O raciocínio se desenvolve em outros incisos, como a vedação da cláusula de exoneração da responsabilidade. Nada impede que o particular que aliena seu automóvel para outro particular o faça com limitação da responsabilidade por eventuais vícios ou defeitos, haja vista que ele não foi o fabricante e não tem o domínio da técnica de fabricação do automóvel. Já para quem fabrica ou fornece, a cláusula referida importa em frustrar a expectativa mais legítima que o consumidor possa ter, qual seja, quem fabrica garante a qualidade do que faz. Retirar, minorar ou impossibilitar isto, fere a boa-fé.

Igualmente a presença da lesão (considerada como a vantagem excessiva que se obtenha na formação do contrato aproveitando-se da inexperiência ou necessidade do outro contratante) está concebida no CDC, de forma objetiva, pois presume-se que o contratante consumidor, por ser vulnerável, encontra-se na posição de inexperiente ou necessitado. Neste passo, por estar o instituto genericamente previsto no inciso V do art. 39, cujo conteúdo já se reportou à boa-fé, parece clara a sustentação neste princípio para a sua configuração. Também a análise de que se a presunção de vulnerabilidade permite a invocação da lesão será observada pela lente da boa-fé quanto ao comportamento do lesado.

Por fim, o equilíbrio a ser recomposto por conta da eventual circunstância alterada por fato superveniente está contemplado no art. 6º, V, do CDC, que considera direito básico do consumidor a modificação em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Já tive oportunidade de sustentar²¹ que esta redação acaba por acolher, entre nós, a revisão fundada na teoria da quebra da base objetiva do negócio, pois dispensa qualquer adjetivação para o fato superveniente que não necessitaria ser extraordinário ou imprevisível, requisitos tradicionais na teoria da imprevisão e mesmo na teoria da onerosidade excessiva.

Nesse sentido, a teoria da base importa em que se busque e analise o comportamento dos contratantes antes da contratação para se descobrir quais os fatos considerados efetivamente ou pressupostamente como sendo essenciais à contratação e por isto imprescindíveis de se manter. A indagação, uma vez respondida, ensinará que se afirme que circunstâncias, caso venham a se alterar, deverão ser recompostas, visto que constituem a base sobre a qual o contrato se edificou. Ruindo a base, o contrato não mais vigorará, perderá seu equilíbrio e importará na sua frustração. Para evitar, dá-se o reequilíbrio.

O exame do comportamento das partes encontra como índice mensurador a regra de conduta genérica da boa-fé, razão pela qual se possa reportar a este princípio o fundamento da base (mormente se se aceitar a renovação da idéia de pressuposição como parece vem sendo adotada na doutrina e na jurisprudência italiana mais recente).

Novamente, tem-se uma inserção do princípio da boa-fé como elemento de equilíbrio contratual.

1.5 O ponto a ponderar diante da presente discussão

A questão polêmica que se põe, diante deste quadro, é a de saber até que ponto a condição estamental do consumidor obnubila a sua condição de indivíduo, a ponto de criar uma proteção ou uma normatividade infensa às circunstâncias do caso concreto.

Poderia pôr a questão de outra forma: em que medida as circunstâncias individuais, e que, portanto, homenageiam o indivíduo como titular de autonomia (e, portanto, como pessoa e não como membro de uma classe, de uma categoria ou, para reiterar a expressão que adotei, de um estamento), podem tornar a presunção de vulnerabilidade uma presunção relativa (*juris tantum*) e não uma presunção absoluta (*juris et de jure*)?

Nesse quadro, a boa-fé desempenha uma sistematização que se desenvolve como limite à autonomia privada assumida como liberdade contratual no âmbito do CDC por meio das funções que exerce.

Dada a bilateralidade do agir de boa-fé, em alguma medida o recurso às suas funções servirá para devolver ao consumidor a faceta de pessoa que o sistema estatutário do Código prevê de modo genérico. Quero dizer que, se o princípio da dignidade da pessoa orienta a leitura das relações civis nos seus variados estágios, dela não poderão escapar as relações de consumo. Por esta ótica, o modo de romper a planificação estatutária do CDC é o exame concreto das atitudes do consumidor como pessoa, como indivíduo e não como membro presumidamente vulnerável da classe.

O exame das circunstâncias particulares que podem afetar a presunção legal decorrerá deste contexto no qual se insere a boa-fé objetiva, de modo que sob seu parâmetro se possa evitar um absolutismo que, sob a aparência de efetividade, acabe por abandonar o critério de justiça e utilidade inerente aos contratos.

Há a necessidade de um misto de *status* e contrato nas relações de consumo a impor que se estabeleça um equilíbrio entre a proteção genérica e a análise do caso concreto. Como ensina Judith Martins-Costa buscando as lições de G. Oppo:

Entendamos o direito privado na nobre acepção de direito civil, direito sim dos particulares, mas dos particulares *uti cives*; direito dos particulares portadores da sua própria singularidade, mas também da necessidade de comunicá-la aos outros; da necessidade de isolar-se (que é algo a ser respeitado) mas também de associar-se; da necessidade de defender a própria personalidade, mas também de desenvolvê-la na comunidade que a enriquece e não a comprime, afirma, magnificamente, Giorgio Oppo. Direito dos particulares, do que é, pois, de interesse particular na tríplice dimensão do ser (direito de personalidade), do ter (direito de propriedade) e do agir (direito das obrigações, dos contratos e da empresa), mas que nem por isso se contrapõe ao que é interesse público, pois direito dos particulares que vivem em

comunidade, na ordem civil, ordem taxionômica, pois construída, e normativamente construída²².

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In: Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. v. 1.

_____. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. t. I.

BRETONNE, Mario. *Diritto e tempo nella tradizione europea*. 3. ed. Roma: Laterza, 2004.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IRTI, Natalino. *Testo e contesto*. Milano: CEDAM, 1996.

_____. *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*. *In: IRTI, Natalino. L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Milano: CEDAM, 2000.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito civil e direito do consumidor – princípios. *In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto*

Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAINE, Henry Sumner. **Ancient law**. New York: Cosimo, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Mercado e solidariedade social, entre cosmos e táxis: boa-fé nas relações de consumo. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAI MORAES, Paulo Valério Dal. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

1 Parece esta a posição de José Reinaldo de Lima quando afirma: “Nestes termos, o primeiro princípio parece totalmente desvinculado dos outros, senão de todos, pois ao contrário de todas as ações previstas de modo muito genérico com finalidades igualmente genéricas (harmonizar relações, melhorar a qualidade do mercado, dos bens, dos serviços etc.), o reconhecimento da vulnerabilidade é um princípio de caráter estritamente normativo. Ele pode ser considerado um critério geral de interpretação, mais do que uma presunção, uma definição e, por isso, todas as políticas (as ações concretas, os planos, a legislação e a adjudicação dos conflitos de consumo) devem presumir (postular) esta vulnerabilidade” (Direito civil e direito do consumidor – Princípios. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER,

Roberto Augusto Castellanos (Coords.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100). E mais adiante segue afirmando: "A despeito de sua colocação totalmente inadequada no art. 4º, o princípio da vulnerabilidade é, de fato, um princípio definidor. Ele dá a estrutura do campo do direito do consumidor, que é protetivo. As repercussões do 'princípio da vulnerabilidade' (princípio definidor, ou seja, estipulação normativa ou pressuposto de interpretação) encontram-se em toda parte no CDC: todo o elenco do art. 6º (direitos básicos) só faz sentido a partir da postulação de que o consumidor é vulnerável. Não é necessário, em cada caso, analisar a capacidade econômica do consumidor para determinar o dever do fornecedor" (*op. cit.*, p. 103).

[2](#) "The word Status may be usefully employed to construct a formula expressing the law of progress thus indicated, which, whatever be its value, seems to me to be sufficiently ascertained. All the forms of Status taken notice of in the Law of Persons were derived from, and to some extent are still coloured by, the powers and privileges anciently residing in the Family. If then we employ Status, agreeably with the sage of the best writers, to signify these personal conditions only, and avoid applying the term to such conditions as are the immediate or remote result of agreement, we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract" (MAINE, Henry Sumner. **Ancient law**. New York: Cosimo, 2005. p. 109).

[3](#) Betti define a autonomia como sendo "o aparelho motor de qualquer consciente regulamento recíproco de interesses privados" (**Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra Ed., 1969. v. 1, p. 88).

[4](#) Note-se que o Código Civil de 2002, ao tratar do tema no art. 421, não se vale da expressão autonomia privada ou autonomia da vontade, mas se refere à liberdade contratual. Parece-me adequado tal proceder pois a idéia de autonomia pode surgir em vários momentos do direito privado para além da questão contratual em sentido próprio (como, por exemplo, na emissão de títulos de crédito ou na formação da família pelo matrimônio). Aliás, em alguns campos do direito público também se verificam concretizações da autonomia, como, por exemplo, no princípio do dispositivo insculpido no art. 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual, às partes compete a delimitação do objeto litigioso.

[5](#) V. a adequada e veraz passagem de BRETONNE, Mario. **Diritto e tempo nella tradizione europea**. 3. ed. Roma: Laterza, 2004. p. 37: "Il tempo non si arresta, e la norma giuridica, per così dire, lo accompagna. Essa non ha un luogo fisso nella storia – un luogo che l'evento produttivo determinerebbe una volta per sempre, – così come l'esistenza di un uomo non rimane ferma al punto della sua nascita. Certo, come massima, la norma giuridica sembra sottrarsi al corso del tempo. Ma il tempo vi irrompe attraverso l'interpretazione e l'applicazione. Nella norma interpretata si insinua il senso dell'oggi, per quanto sai lontana la ragione o l'occasione che ne determino il sorgere".

[6](#) A literatura sobre a vulnerabilidade do consumidor é bastante rica. A referência primeira e imperiosa é MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. em especial p. 52-149. Por todos os demais, ver PAI MORAES, Paulo Valério Dal. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

[7](#) A idéia de limites positivos e negativos à autonomia privada pode criar um contexto de liberdade contratual mais ou menos elástica e funciona, em alguma medida, contrapondo-se aos conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa, conforme a construção de Isaiah Berlin. Comparando-as, afirma: "A liberdade que consiste em ser o seu próprio senhor e a liberdade que consiste em não ser impedido por outros homens de escolher como agir podem parecer, diante das circunstâncias, conceitos não tão distantes entre si do ponto de vista lógico – nada mais do que as formas negativa e positiva de dizer mais ou menos a mesma coisa. No entanto, as noções 'positiva' e 'negativa' de liberdade desenvolveram-se historicamente em direções divergentes, nem sempre por passos logicamente respeitáveis, até entrarem por fim em conflito direto uma com a outra" (BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In: Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 226 e s.).

[8](#) A já clássica obra **Obrigação como processo**, que introduziu a discussão da obrigação como processo e totalidade, como Karl Larenz fazia na Alemanha, recebeu nova edição pela Fundação Getúlio Vargas, em 2006, e já foi objeto de reimpressão em 2007.

[9](#) MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 33-34.

[10](#) Estabelecendo um comparativo entre os direitos reais e obrigacionais pelo ângulo do que chama de aspecto social do problema, Emilio Betti inicia todo o exame da obrigação como pendente de cooperação, a partir da seguinte premissa: “(este é) el aspecto social del problema que la constitución de estas relaciones pretende resolver, es decir, la conexión existente entre los sujetos de las mismas relaciones como socialmente vinculados. Diremos, por tanto, que en las relaciones de derecho real se resuelve un problema de atribución de bienes; en cambio, en las relaciones de obligación se resuelve un problema de cooperación o de reparación en las hipótesis de responsabilidad aquiliana” (**Teoría general de las obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. t. I, p. 3).

[11](#) Natalino Irti faz correta análise dos variados itens que compõem um exame do contrato para além do texto, no contexto em que inserido, a partir de uma hermenêutica do art. 1.363 do Código Civil italiano, que contém a regra da interpretação conjuntiva, integral (*interpretazione complessiva*) (IRTI, Natalino. **Testo e contesto**. Milano, CEDAM, 1996).

[12](#) O mesmo Natalino Irti, em outro trabalho, afirma: “La metodologia legale ha il rigore costrittivo della legge, la quale prende per proprio oggetto le tecniche dell’intendere. Parlare di norme sull’interpretazione significa, per cio solo, riconoscere l’intrinseca legalità dell’agire ermeneutico, il suo dover essere secondo legge” (Principi e problemi di interpretazione contrattuale. *In*: IRTI, Natalino. **L’interpretazione del contratto nella dottrina italiana**. Milano: CEDAM, 2000. p. 632).

[13](#) “(...) há as prestações principais que definem o tipo ou o módulo da relação (...) Ao lado destes deveres principais, primários ou típicos, podem surgir, porém, na vida da relação obrigacional, outros a que, por contraste, podemos chamar deveres secundários (ou acidentais) de prestação. Dentro desta categoria cabem não só os deveres acessórios da prestação principal (destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação), mas principalmente os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal (o dever de indenizar os danos moratórios ou o prejuízo resultante do cumprimento defeituoso da obrigação) e ainda os deveres

compreendidos nas operações de liquidação (...) das relações obrigacionais duradouras” (VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 122).

[14](#) A leitura do art. 481 do Código Civil, que trata da compra e venda, *in verbis*: “Pelo contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

[15](#) MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 439.

[16](#) Diz a decisão: “Deste modo, evidenciado o fato de que o locatário, como refere a locadora, desde julho de 2000 efetua o pagamento dos locativos, com desconto, mesmo pagando fora do prazo previsto no contrato, sem manifestar a ora agravan-te qualquer espécie de irresignação quanto ao fato, tenho que criou-se uma expectativa entre as partes de que seria possível o pagamento com desconto mesmo quando este ocorresse fora do prazo previsto para o desconto”, isto após ter definido a *supressio* e as funções mitigadoras da boa-fé (TJRS, 15ª Câmara Cível, AgI 70010323012, Rel. Ricardo Raupp Ruschel, Porto Alegre, 22-11-2004).

[17](#) TJRS, 19ª Câmara Cível, AC 70013520713, Rel. Gunther Spode, Porto Alegre, 7-3-2006: “Restando plena e sobejamente comprovado nos autos que, a despeito de não transcorrido integralmente o prazo para a execução das obras, a apelante não teria condições de adimplir integral e pontualmente o contrato, de rigor a rescisão do contrato. Função social do contrato que, no caso concreto – obra com somente 13% concluída, não se compadece com o indesmentível inadimplemento”.

[18](#) TJRS, 19ª Câmara Cível, AC 70011833878, Rel. Carlos Rafael dos Santos Jr., Porto Alegre, 28-3-2006: “Resolução contratual. Promessa de compra e venda. Se o autor, por sua própria iniciativa, se desincumbe de obrigações que, pelo contrato, cabiam à contraparte, não pode alegar que o seu descumprimento configura inadimplência, a ensejar indenização. Tal comportamento significaria *venire contra factum proprium*, configurando exercício abusivo de direito”.

[19](#) Nesse sentido, já tive a oportunidade de desenvolver o raciocínio em FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 147-170.

[20](#) Jorge Cesa Ferreira da Silva sustenta que a idéia de equilíbrio encontra-se no novo Código Civil, que “expressamente regulou um conjunto de institutos que se unificam sob o manto da legitimidade material do equilíbrio”. V. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 143.

[21](#) FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Em especial o Capítulo V.

[22](#) MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social, entre cosmos e táxis: boa-fé nas relações de consumo. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 625-626.

2 OFERTA E PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Adalberto Pasqualotto

Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; procurador de justiça aposentado do Ministério Público do Rio Grande do Sul; ex-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon.

2.1 Introdução

Oferta e publicidade formam quase uma unidade semântica no glossário popularizado do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, são figuras juridicamente distintas e autônomas. Oferta é toda iniciativa promocional de produtos e serviços levada ao conhecimento do consumidor pelo fornecedor. Publicidade é um dos meios de comunicação e divulgação da oferta, embora o mais freqüente e importante. Entretanto, assim como nem toda oferta é veiculada pela publicidade, nem toda publicidade se resume a veículo de oferta.

O tema é importante e fascinante. Sendo o ambiente em que vivemos cada vez mais condicionado pela informação *lato sensu* – boa e má, pertinente e impertinente – e dependendo o abastecimento – necessário e supérfluo – do mercado, a interação desses dois fenômenos – comunicação e mercado – realça o papel da publicidade na economia de hoje.

Além dessa importância estratégica, o tema, já agora focado preferencialmente na oferta, oferece instigantes questões jurídicas,

especialmente quanto à natureza do vínculo obrigacional que se forma a partir das ofertas ao público. Para esclarecê-las é preciso confrontar a dogmática do negócio jurídico, estabelecida a partir de postulados da filosofia liberal e do voluntarismo jurídico, com uma contradogmática que nega ao negócio jurídico o domínio exclusivo das manifestações de vontade juridicamente vinculativas conforme efeitos intencionais.

Essa contradogmática sustenta que, à margem dos negócios jurídicos, e particularmente dos contratos, simples comportamentos humanos são suficientes para justificar vínculos obrigacionais, comportamentos esses que podem ser atribuídos a incapazes e que, por isso mesmo, não atendem aos pressupostos de validade dos negócios jurídicos. A questão toma vulto quando se constata que, na sociedade de hoje, é crescente o automatismo das transações mais comuns do cotidiano, como o transporte público, as aquisições em máquinas que funcionam com moedas ou fichas e que não pedem a identificação do adquirente, e assim por diante. Como validar esses atos perante o direito?

O tema é por nós revisitado nesta oportunidade, o que vale para rever alguns pontos de vista assumidos por ocasião da defesa de nossa dissertação de mestrado, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1996, e publicada pela Editora Revista dos Tribunais no ano seguinte¹.

2.2 Oferta

A oferta é tema que ocupa os juristas especialmente depois do advento dos contratos de adesão². Até então, na perspectiva do contrato como expressão de relações obrigacionais diretas entre duas pessoas, era suficiente disciplinar os efeitos jurídicos da iniciativa negocial veiculada pela proposta, definindo a possibilidade ou não de sua revogação, o prazo e as condições em que ela deveria

ser mantida, à espera da possível aceitação para que se concluísse o negócio. Assim fez o Código Civil de 1916 (art. 1.080).

Mas uma nova realidade já despontara. A revolução industrial e a expansão do capitalismo transformaram a dinâmica da produção e do consumo. Com o surgimento de novas tecnologias, a ampliação da capacidade de produção da indústria superou o nível das necessidades naturais do ser humano em adquirir e repor bens de utilidade. Esse descompasso foi preenchido pelo *marketing* e suas ferramentas auxiliares, especialmente a publicidade, estimulando a incorporação de novos itens de conforto ao quotidiano e trazendo o conceito de obsolescência a produtos anteriormente satisfatórios, substituindo-os por outros mais atualizados. De certa forma, pode-se afirmar que houve uma inversão da lógica produtiva: o consumo passou a ditar a produção.

Essa nova dinâmica socioeconômica cobrou do Direito uma resposta condizente, o que se refletiu no campo contratual com a inovação no modo de formação dos vínculos jurídicos. Nas relações massificadas do mercado capitalista, as ofertas já não se dirigiam a pessoas certas, mas ao público, fazendo com que os produtos chegassem a destinatários anônimos. Numa primeira etapa, os comerciantes continuaram intermediando a produção e o consumo. Num segundo momento, tornou-se dispensável a atuação direta dos comerciantes em determinados segmentos, com o uso de máquinas programadas para receber o pagamento e entregar o produto.

Esses novos fatos levantaram questionamentos jurídicos relevantes³, dentre os quais: a disciplina da proposta (proposição de negócio a pessoa certa) seria aplicável às ofertas ao público (proposição de negócio a pessoas incertas)? Qual é a natureza jurídica do ato de aceitação, nas ofertas ao público, considerando-se que mesmo um incapaz pode praticá-lo?

A alternativa que se ofereceu para dar resposta a essas indagações era aplicar às ofertas ao público o mesmo esquema conceitual da formação clássica dos negócios jurídicos em geral e dos contratos em particular ou encontrar fora da teoria dos negócios jurídicos a fonte das obrigações decorrentes da massificação. A

primeira alternativa apresenta-se com duas variáveis: permanecer o contrato como a figura prevalecente nas relações massificadas ou fazer derivar o vínculo obrigacional de uma só declaração de vontade, como nas promessas públicas. No Brasil, o debate tornou-se mais propício com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

2.2.1 Oferta como negócio jurídico unilateral

Para Tomasetti Júnior, a oferta, no CDC, não só vincula o fornecedor como se fosse entendida como proposta, nos termos do Código Civil, mas também, indo além, acarreta-lhe o dever de prestar⁴.

Expõe Tomasetti Júnior que, conforme o modelo do Código Civil (o autor escreveu o texto sob a égide do CC de 1916, mas não houve mudança no conceito estrito de proposta no CC de 2002), o peticitante somente está adstrito a realizar a prestação depois da aceitação do oblato; em outras palavras, depois que o contrato for concluído. E o contrato, como negócio jurídico bilateral que é, forma-se pela convergência de duas vontades, a do proponente e a do aceitante. Só depois da fusão dessas vontades haverá direitos e obrigações entre as partes. O CDC, diferentemente, atribui direito, pretensão e ação ao consumidor desde que seja veiculada a oferta, sem necessidade de declaração de aceitação. Dessa sorte, o fornecedor fica imediatamente adstrito ao dever de prestar, em congruência com a oferta anunciada.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, sucintamente, manifestou-se em termos concordes com o ponto de vista de Tomasetti Júnior: “ainda antes da formação do acordo, o fornecedor já assume obrigações com a divulgação da oferta, cujo conteúdo obriga e passa a integrar o contrato que vier a ser celebrado”. Acrescenta que a jurisprudência anterior seguia caminho inverso, exemplificando com decisão (não identificada) que julgou improcedente ação de indenização proposta por adquirente de apartamento que não apresentava as características de construção anunciadas no material publicitário, sob o fundamento de que não constavam do contrato⁵.

Nelson Nery Júnior também vê inovação no CDC, que tornou superado o conceito de proposta, do Código Civil, ao impor ao fornecedor o dever de prestar, conforme a oferta veiculada, permitindo a execução específica da obrigação pelo consumidor⁶.

Também para Benjamin⁷, a realidade da sociedade de consumo, alicerçada no anonimato e na utilização maciça do *marketing*⁸, não é mais compatível com a formulação tradicional da oferta, por isso que o seu efeito passa a ser a vinculação mesmo que o ofertante se negue a contratar.

A visão de Alberto do Amaral Júnior também parte do funcionamento eficiente do mercado, no qual a publicidade determinou a necessidade de reelaborar os esquemas tradicionais da oferta ao público, tornando-a vinculativa para maior segurança da demanda. Põe em destaque, no aspecto jurídico, a transparência e a boa-fé objetiva como fatores de maior equilíbrio nas relações de consumo, vedando condutas abusivas. Assim, a oferta é vinculativa por si só; se, no entanto, o consumidor propuser alguma modificação à oferta, segue-se a disciplina civilista correspondente à nova proposta. Caso contrário, consuma-se o contrato⁹.

Cláudia Lima Marques entende que a oferta é negócio jurídico unilateral que cria para o ofertante o dever jurídico de mantê-la pelo prazo devido, sujeitando-o aos efeitos da aceitação¹⁰.

Em posição semelhante, afirma Jacobina que a oferta deixa o fornecedor em "estado de disponibilidade para contratar". Por isso, a oferta não se resolve em um contrato apenas – diferentemente da proposta –, mas nos contratos que se lhe seguem¹¹.

Há quem vá além. Frison-Roche sustenta que não há mais necessidade da ficção de um encontro de vontades para o surgimento das obrigações, porque vontade e consentimento não são sinônimos¹². O consentimento é projetado ao exterior pela vontade e adere ao objeto econômico que entra em circulação. As obrigações se formariam unilateralmente e o reconhecimento dessa nova realidade faria coincidir a evolução do direito com o ideal de racionalidade econômica. O papel do direito seria assegurar a

permanência do vínculo quando a execução da obrigação não é imediata.

2.2.2 Oferta como negócio bilateral

Noutra posição encontram-se os autores que não vêem diferença essencial entre as ofertas massificadas dirigidas ao público e a clássica formação dos contratos por proposta e aceitação. É desse entender Sílvio Luís Ferreira da Rocha, para quem a oferta é declaração de vontade receptícia, que fica à espera de outra declaração de vontade para completar o negócio jurídico. A aceitação do consumidor ocorre por comportamento concludente¹³. Destaca que a oferta, no CDC, é sempre obrigatória e irrevogável, com modificações nos requisitos de firmeza e precisão em relação à proposta¹⁴. A firmeza é dispensada no art. 30 como consequência da objetivação do contrato, e a precisão é atenuada, exigindo apenas a comunicação do produto e do preço¹⁵. O requisito da informação estabelecido no art. 31 é uma forma de proteção ao consumidor e não pode ser invocado contra ele, para desqualificar a obrigatoriedade da oferta. Admite, porém, que o fornecedor se desonere da obrigação por impossibilidade absoluta não-culposa de cumprimento da oferta¹⁶.

Carlos Ferreira de Almeida também defende a bilateralidade do negócio formado a partir da oferta, que ele trata como proposta pública¹⁷. Afirma que a proposta pode ser dirigida a pessoas determinadas, tendo natureza recipiênda; ou ser dirigida a um círculo determinado de pessoas, tendo natureza não-recipiênda. Neste caso, suas características são a indeterminação pessoal do declaratório, a fungibilidade do futuro contratante e a utilização de um meio público de difusão¹⁸.

Posição a destacar é a de Pontes de Miranda, ao afirmar que nos negócios de tipicidade do tráfico admite-se a abstratização do aceitante, podendo a aceitação resultar de manifestação de vontade do próprio agente ou de outrem que o autorize. Se quem aceita é

dotado de capacidade jurídica, não há o que discutir. Se for alguém com *capitis diminutio*, o seu ato é ato-fato, mas a aceitação não é do agente, e sim do seu responsável, seja o pai, o tutor, ou o curador, que permitiu a participação do filho, do tutelado ou do curatelado, ou se omitiu em evitá-la. E se não existe o representante legal, omitiu-se o Estado em providenciá-lo, e nesse caso é o próprio Estado que implicitamente autoriza. De qualquer sorte, tomar um transporte público ou adquirir alguma coisa em máquina automática é ato de autonomia, do próprio praticante ou do seu representante (ainda que presumido), do mesmo modo que é o patrão quem adquire as compras na mercearia à qual comparece o empregado doméstico. Justifica que o Estado interveio no exercício da autonomia privada consistente em aceitar oferta ao público, admitindo que o conteúdo fosse preestabelecido e reduzindo ao mínimo a manifestação de vontade, porque se tornou necessário estender a todos o acesso aos bens e serviços oferecidos ao público generalizadamente. Daí não haver margem à discussão sobre capacidade, insuficiência ou deficiência na manifestação de vontade¹⁹.

2.2.3 Solução principiológica

Uma solução é oferecida por uma perspectiva principiológica, que valoriza os fatos a partir de normas norteadoras de soluções pragmáticas. É assim que se posiciona Gerson Luiz Cardoso Branco, sustentando que nas relações de consumo o princípio da confiança exerce papel de grande importância, mais amplo que a boa-fé, justificando as expectativas legítimas do consumidor, em grande parte geradas pela publicidade. Por isso, é exigido que ela obedeça a padrões éticos, respondendo os fornecedores pelos seus efeitos econômicos. Para ele, a publicidade, no CDC, recebeu estrutura e eficácia de negócio jurídico, citando os arts. 30 e 35 como consectários do princípio da confiança²⁰.

Larenz também assenta na confiança a formação do vínculo no tráfico de massa, confiança que deve pautar tanto a atuação do

ofertante, que acredita que todos conheçam e estejam dispostos a obedecer às “regas do jogo” relativas à utilização da prestação posta à disposição do público, como dos usuários, que têm consciência de que a sua atuação implica a aceitação de um contrato e de todos os seus efeitos²¹.

2.2.4 Soluções extranegociais

Outras soluções justificaram a existência das obrigações decorrentes da oferta fora do esquema conceitual de negócio jurídico, especialmente nas teorias das relações contratuais fáticas e do comportamento social típico.

A primeira teoria desse teor surgiu em 1941, numa aula inaugural em Leipzig²², em que Günther Haupt expôs a doutrina das relações contratuais de fato. Partiu da impropriedade de aplicar ao tráfico de massa as regras dos negócios jurídicos, porque as partes não agem no âmbito da autonomia privada, especialmente quanto aos requisitos de capacidade do usuário e aos vícios das manifestações de vontade. Negada a existência de um contrato como fundamento de prestações do tráfico de massa, fica como suporte fático da regulamentação jurídica apenas uma conduta de fato. O mesmo sucede com as prestações derivadas de um contrato ineficaz, que freqüentemente subsistem nas relações de trabalho e de sociedades. Haupt citou esses dois casos como exemplos de relações contratuais de fato, acrescentando um terceiro grupo, do contato social, que abrange a culpa *in contrahendo*, o transporte de cortesia e outros.

Karl Larenz, em pensamento semelhante ao de Haupt, formulou a teoria do comportamento social típico, mas reduziu a sua abrangência ao tráfico de massa, no qual os deveres e obrigações derivariam das concepções do tráfico. O fato de alguém usar um meio público de transporte traz como consequência uma relação jurídica contratual, à qual, todavia, não se aplicam as regras próprias aos negócios jurídicos, como as de capacidade e dos vícios, porque

elas não se adaptam à essência da questão, que é a tipicidade social desses comportamentos. Os efeitos jurídicos fomentados pelo tráfico de massa não são resultado da vontade negocial dos participantes, mas da valoração que o ordenamento jurídico atribui aos seus comportamentos. Tais comportamentos são similares aos fatos típicos de declaração de vontade com efeitos normativos, *v.g.*, o silêncio, interpretado em alguns negócios jurídicos como sinal de confirmação. Não se pode, porém, aplicar esse critério indiscriminadamente. Ele deve permanecer restrito à aceitação de uma prestação acessível ao público²³.

Todavia, a concepção extranegocial de Larenz não perdurou. Invocando o § 151 do BGB, que, para a formação do contrato, dispensa a declaração expressa de aceitação da oferta se a declaração não era de ser esperada segundo os usos do tráfego, Larenz aplica a fórmula em situações práticas como a reserva de hotel por telégrafo (ou *e-mail*) e a encomenda de um livro. Afirma que o destinatário da proposta fica dispensado de declarar a aceitação, mas a aceitação em si continua exigível.

Para esse efeito, é suficiente uma atuação de vontade, definida como ato sem o significado de declaração, dirigido a produzir uma situação de fato correspondente ao efeito jurídico pretendido pelo agente, e que se expressa pela realização de um ato de cumprimento, de apropriação ou de utilização de uma prestação. A aceitação, na reserva de hotel, consiste em pôr à disposição o quarto reservado, deixando de alugá-lo a outro interessado; no pedido de um livro, no envio da mercadoria solicitada. Também é o caso da compra em máquinas: ao depositar a moeda, o comprador paga o preço e aceita a proposta. A aceitação por utilização é exemplificada com o uso, pelo destinatário, de algo que lhe foi enviado para conhecimento, como um livro ou uma bebida²⁴. Passa-se o mesmo com a apropriação e consumo de pães deixados à disposição sobre a mesa de um restaurante²⁵.

Afirma Larenz que a utilização de uma prestação oferecida ao público é uma forma ampliada de participação no tráfego jurídico,

aplicando-se a esses casos o regime dos negócios jurídicos. Para justificar a revisão de sua opinião anterior em contrário, Larenz afirma que a dogmática evoluiu, permitindo a fundamentação dos deveres de proteção à margem da validade do contrato. Argumenta que os incapazes também devem ser protegidos nos prejuízos que sofram no tráfego jurídico²⁶, não havendo razão para diferenciar, nesse aspecto, entre declarações de vontade e condutas socialmente típicas. Quanto ao erro, é excluído que possa ser fundamento de impugnação. Se a oferta tem um conteúdo típico do tráfego, não é admissível a alegação do usuário de que tivesse em vista conteúdo diverso²⁷.

Em posição estritamente dogmática, Werner Flume contesta as teorias de Haupt e de Larenz, enquadrando na teoria geral do negócio jurídico todos os exemplos tratados, inclusive quanto à capacidade e ao erro. Sustenta haver nulidade nos atos praticados pelos incapazes, mas lembra que, mesmo sendo nulo, o negócio jurídico pode produzir efeitos. Quanto ao erro, apenas haverá possibilidade de impugnação por razões de fato, uma vez que as condições não são objeto do negócio celebrado. Aquele que toma por erro um ônibus, mesmo assim é obrigado a pagar a passagem, porque usou o serviço²⁸.

No direito brasileiro, as soluções extranegociais também reverberam, assim tendo se posicionado Clóvis do Couto e Silva. Com os olhos no direito comparado e percebendo a semelhança das soluções, concluiu que por vezes é difícil afirmar o que é originalidade e o que é adaptação. A conduta social típica, teoria de Larenz, é muito semelhante aos *contracts for necessities*²⁹, do *common law*, dos quais derivavam vínculos obrigacionais não em decorrência de palavras expressas, mas de comportamentos dos quais, de boa-fé, pudesse inferir-se a decisão pessoal do agente de se vincular. Os autores ingleses divergiam quanto à natureza jurídica do vínculo: se negócio jurídico ou independente de consentimento, decorrente só do fato de ter havido o suprimento da necessidade³⁰. A esse tipo de suprimento de bens básicos o Professor Clóvis do

Couto e Silva denominou atos existenciais, classificando-os como categoria de ato-fato, não como negócios jurídicos. Justificou dizendo que há outros elementos de fixação no mundo social além do direito, de modo que as práticas continuadas acabam impondo um poder de cogência e estruturando tipos de condutas que relegam a vontade ao segundo plano³¹.

Numa linha mais crítica, as soluções extranegociais encontram ressonância atualmente em setores da doutrina que se opuseram à adesão do CC de 2002 a modelos considerados ultrapassados, particularmente no atinente ao negócio jurídico. Um dos críticos mais expressivos é Francisco Amaral, para quem o conceito de negócio jurídico encontra-se superado, quer do ponto de vista sistêmico, como figura-mestra de todas as declarações de vontade, quer do ponto de vista político-social, por não corresponder mais às exigências da sociedade moderna, concebido que foi pela filosofia política liberal do século XVIII³². O autor afirma que o direito brasileiro reconhece os efeitos jurídicos de algumas relações de fato, como a união estável, a separação de fato, a filiação de fato e as relações contratuais de fato. Quanto a estas, afirma que nascem de conduta social típica e constituem fontes de obrigações, ao lado dos negócios jurídicos e da lei. Apesar de não haver declaração de vontade, a utilização da prestação oferecida faz nascer um vínculo de fato, do qual resulta para o beneficiário a obrigação de pagamento³³.

2.2.5 A oferta no CDC e a lógica econômica do mercado

O CDC não define o que é oferta; a seu respeito, dispõe sobre efeito vinculativo (art. 30), solidariedade pelos atos de prepostos e "representantes autônomos",³⁴ conteúdo obrigatório (arts. 31 e 33) e responsabilidade por incumprimento (art. 35)³⁵. Ante a simples leitura desses dispositivos, especialmente os arts. 30 e 35, I, é inviável não reconhecer que a simples oferta gera direito aos consumidores. O fornecedor fica desde logo obrigado a prestar³⁶.

Os efeitos da oferta, no CDC, não se cingem aos eventuais figurantes do contrato. A amplitude do seu conceito alcança também os que dela se beneficiam, como os concessionários, revendedores, franqueados etc., impondo a obrigatoriedade de cumprir o que foi comunicado publicamente pelo fabricante, pelo importador ou por qualquer outro agente econômico que tenha veiculado mensagem de promoção de venda, embora o contrato venha a ser realizado por terceiro integrante da mesma cadeia de fornecimento³⁷. A extensão dos efeitos da oferta a todos os elos econômicos da cadeia de fornecimento realiza a função social da proteção ao consumidor na sociedade de consumo.

2.2.6 O vínculo precede a obrigação

O cumprimento da oferta é compulsório para o fornecedor, pois, em caso de recusa, o consumidor pode “exigir o cumprimento forçado da obrigação” (art. 35, I, do CDC).

Portanto, a obrigação existe desde que a oferta é veiculada, antes mesmo de se manifestar a aceitação. Dizendo melhor: de obrigação propriamente não se trata, porque ainda não há crédito (que só existirá depois da aceitação); portanto não há débito, muito menos obrigação em sentido estrito (débito exigível). Há, sim, vínculo³⁸, ou ainda e apenas relação jurídica pessoal (com sujeito ou sujeitos indeterminados, os consumidores), surgindo em desdobramentos os créditos e as dívidas, “à medida que se avança no tempo”³⁹ e os consumidores vão se manifestando como aceitantes. A oferta é o fato que passou a ser valorado pelo direito para dar nascimento ao vínculo jurídico. A oferta (dirigida ao público) outorga aos consumidores em geral (na passagem do coletivo para o individual) o direito formativo (a cada um em particular) de adjudicação do crédito correspondente. E simultaneamente com o crédito vem a pretensão (a mesma simultaneidade que se verifica para o lesado nos atos ilícitos), permitindo a exigibilidade imediata de cumprimento da oferta (com

a necessária adaptação se a prestação do fornecedor for de cumprir a prazo).

A aceitação pode ser identificada ou anônima. O consumidor se identificará quando comparecer à loja ou quando aceitar ofertas que exijam apresentação pessoal e qualificação jurídica, como a oferta de crédito. Nesses casos a oferta – embora vinculante desde logo nos seus termos – equivale à proposta, como frisa o art. 429 do CC, pois representa apenas o início de uma negociação que prosseguirá *tête-à-tête*, ainda que a culminância seja um contrato de adesão. Em outras situações, a aceitação é anônima. É o que se passa nas vendas por meio de máquinas automáticas e em serviços públicos como transportes e telefonia. Nesses casos não há qualificação jurídica do comprador ou usuário. A indeterminação do oblativo existente na oferta permanece no momento da execução das prestações. O aceitante continua sendo pessoa indeterminada.

2.2.7 Diferença entre promessa ao público e oferta ao público

Em vista da unilateralidade da oferta e de se tratar de declaração de vontade, é o caso de se indagar se o efeito vinculativo que acarreta não é suficiente, tal como ocorre na promessa de recompensa (arts. 854 e s. do CC), ou se depende de manifestação de vontade receptícia. A resposta é positiva.

O efeito vinculativo, disposto no art. 35, I, do CDC, não equipara a oferta à promessa, porquanto numa o efeito é provisório, na outra é definitivo. Pontes de Miranda afirma que “se a promessa vincula até que seja aceita, ou até que se tenha por não aceita, ou que o promitente a retire (a revogue), a sua unilateralidade é provisória. Trata-se, então, de negócio jurídico bilateral, e em vez de promessa há *oferta*” (grifo do original)⁴⁰.

A diferença fica mais sensível ao se considerar a função de cada uma, como faz Carlos Ferreira de Almeida. A promessa tem uma “função eficiente”, enquanto a oferta justifica-se por sua “função

comunicativa”⁴¹. Além disso, a proposta admite flexibilidade, conforme o contrato que se seguir, enquanto a promessa é rígida. Nesse sentido, se a eficácia da declaração exigir uma reação positiva complementar indicativa de acordo, haverá proposta; se, no entanto, a conduta esperada pela declaração for simples meio de individualização do credor, haverá promessa. Acrescenta que na promessa pública há uma conexão entre a prestação prometida e uma situação de fato que a justifica (encontrar-se em determinada situação, omitir ou praticar certo fato [preencher certa condição ou desempenhar certo serviço, conforme o art. 854 do CCB]). O promissário pode aceitar ou recusar os efeitos jurídicos da promessa, mas de qualquer sorte é beneficiário de um negócio jurídico unilateral de disposição, não é um aceitante de vínculo bilateral⁴².

2.2.8 A diferença na coletividade e na indeterminação do aceitante

Como visto, é assinalada a diferença entre oferta ao público (negócio bilateral receptício) e promessa ao público (negócio unilateral), uma vez que, nesta, a declaração é feita a todos (indeterminação inicial), mas se concretizará em alguém em particular (*unus ex publico*): a indeterminação é provisória. Na oferta ao público a indeterminação é definitiva, porque não visa a distinguir um entre o público, mas muitos e quantos se apresentarem como aceitantes, identificados ou indeterminados na massa.

A coletividade é considerada diferentemente na promessa e na oferta. Na promessa, a coletividade não é importante; na verdade é elemento perturbador da finalidade da promessa, porque o promitente pretende identificar quem, dentre os membros indefinidos da coletividade, poderá satisfazer o seu interesse. Na oferta, a coletividade é virtualmente a soma dos interesses do ofertante, porque ele se dirige a todos como potenciais aceitantes.

Na indeterminação da oferta ainda é preciso fazer uma distinção entre aceitação pessoal e aceitação impessoal, distinção esta que é decisiva para a demonstração da aplicabilidade da estrutura e da disciplina dos negócios jurídicos às relações massificadas de consumo.

A oferta para aceitação pessoal exige a apresentação do aceitante. É o caso dos anúncios de lojas, em que o consumidor comparece ao estabelecimento para fazer a compra. Na apresentação, há determinação do aceitante, surgindo o consenso contratual. Nesse sentido é congruente a letra do art. 30 do CDC, *in fine*: a oferta "integra o contrato que vier a ser celebrado". Há contrato com manifestações de vontade explícitas, com incidência plena das regras sobre invalidade e vícios de manifestação da vontade. Se o aceitante que se apresentou era incapaz, aplicam-se as regras comuns aos negócios jurídicos. Se a incapacidade era relativa, pode haver ratificação expressa ou tácita pelo começo de execução. Assim, se a compra foi a crédito e as parcelas vêm sendo pagas com presumível conhecimento do assistente legal (art. 174 do CC). Se a incapacidade era absoluta, haverá mesmo nulidade. Na maioria dos casos, faltará interesse econômico para demandar a declaração de invalidade. Se uma criança compra uma revista em quadrinhos ou um sorvete, dificilmente haverá oposição jurídica. Mas se a compra é de vulto considerável (uma bicicleta, talvez), o representante legal poderá lograr êxito em ação de nulidade.

2.2.9 Contratos automatizados

Já na oferta de produtos ou serviços em massa, a impessoalidade é constante e permanente, na formação e na execução do contrato. Não há necessidade de identificação do aceitante. O contrato é inteiramente predisposto pelo ofertante, que deixa ao alvedrio do aceitante apenas um ato final de execução da prestação e da contraprestação. É o que se verifica nas vendas e serviços em máquinas automatizadas. Compra-se um refrigerante com a

introdução de uma moeda ou ficha no receptáculo da máquina, acionando o seu mecanismo de entrega do produto. Não há identificação do comprador, e se executam as duas prestações instantaneamente. Telefona-se em aparelho público com a introdução da ficha ou do cartão magnetizado, que libera a linha e deflagra a contagem do tempo de uso permitido. Também há impessoalidade do usuário. No transporte público necessariamente há apresentação do passageiro, mas nem sempre está presente o funcionário que recebe ou verifica o bilhete. Em algumas cidades, o metrô funciona sem fiscal. O dever do passageiro é apenas portar o bilhete para fiscalização randômica.

Nesses contratos, que se podem designar contratos automatizados, não há lugar para debate sobre capacidade jurídica, consentimento e vícios de manifestação da vontade. Como tratar de capacidade onde não há identificação? Se o fornecedor recusar cumprimento à oferta e o consumidor exercitar sua pretensão em juízo, ele o fará atendendo aos pressupostos processuais, incluindo a capacidade de exercício. Se for capaz, exercitará o direito pessoalmente, se for incapaz, por meio de seu representante, confirmando o raciocínio de Pontes de Miranda de representação presumida no momento da aceitação⁴³.

Resulta necessário, afinal, dar a devida aplicação aos institutos, flexibilizando a idéia de negócio jurídico para adaptá-la à realidade da vida. Nesse sentido, soam como se produzidas hoje as lições de Emilio Betti.

Segundo Betti⁴⁴, um conteúdo próprio da vida social não pode ser incompatível com a finalidade de dar vida e desenvolvimento às relações que o direito visa reconhecer e juridicizar. Isso seria separar o social do jurídico. O conteúdo típico de um negócio jurídico deriva da consciência social e da ordem jurídica. De declarações típicas é deduzida a concreta regulamentação de interesses estabelecida pelas partes, pois entre as declarações e a regulamentação deve haver uma coerente conclusão. Não se trata, porém, de atribuir à declaração a presunção de uma vontade negocial, pois o tratamento

jurídico de um conteúdo não é reconduzido invariavelmente à vontade, decorre da recognoscibilidade e valoração sociais⁴⁵.

O pagamento, a par ser ato extintivo de uma obrigação antecedente (sendo esta, portanto, a sua causa), também pode ter um conteúdo preceptivo, quando ele implique um juízo de vinculação, bastando, para isso, que haja consciência social do valor vinculativo e que ocorra o efetivo resultado prático típico do negócio. A concordância entre os efeitos jurídicos e a intenção dirigida aos resultados práticos é puramente objetiva, sendo dispensável a consciência individual do querer, bem como a consciência da concludência da conduta. A ordem jurídica estatui o tratamento mais condizente com a vida social, cabendo ao agente apenas dar vida à *fattispecie* pela sua manifestação típica. Arremata Betti dizendo que "o instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de 'querer' no vácuo, (...) antes garante e sanciona a autonomia privada na vida de relação"⁴⁶.

Por isso, o exercício da autonomia privada não significa uma expressão de vontade vazia e incolor, mas (no direito das obrigações) sempre tem em vista alcançar um escopo prático típico e próprio da circulação de bens e da prestação de serviços. Esse objetivo, em sentido teleológico e deontológico, é a causa (função) do negócio. Para percebê-la, ainda nos dizeres de Betti, "é necessário utilizar, especialmente no âmbito da sociedade moderna, um grau de sensibilidade social, de que o velho individualismo dos juristas não tinha a menor idéia"⁴⁷.

De resto, apesar do automatismo e do anonimato, a relação jurídica é pessoal, havendo de se considerar a dignidade das pessoas envolvidas.

2.2.10 O princípio da dignidade

O consumidor é sujeito de direitos, tanto no plano individual quanto no coletivo (art. 2º, parágrafo único, do CDC). A ele são reconhecidos direitos básicos, incluindo a proteção contra a

publicidade enganosa e abusiva, contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, contra práticas e cláusulas contratuais abusivas (art. 6º, IV, do CDC), bem como a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos (inciso VI). De outra parte, a Política Nacional das Relações de Consumo tem como um dos seus objetivos o respeito à dignidade do consumidor (art. 4º, *caput*, do CDC).

Inserir-se a Política Nacional das Relações de Consumo (ainda que como ideal) no contexto de promoção e proteção da pessoa humana, postulado que deve mediar a diferença entre os valores de uma nova consciência social e coletiva e os comportamentos. Para corresponder às novas estruturas demandadas por esses valores, o direito privado precisa redefinir o fundamento e a extensão dos seus principais institutos jurídicos⁴⁸, dentre eles o negócio jurídico. Nesse desiderato, calha descortinar toda a grandiosa dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹. A primeira dimensão a considerar é que, sendo a pessoa humana sujeito de direitos, protagonista do discurso e da ação, não pode ser tratada como objeto⁵⁰. À sua implícita dignidade correspondem exigências de igualdade, de respeito à sua integridade física e moral, à sua liberdade, e de solidariedade. Esta última implica a consciência racional de interesses em comum, de reconhecimento do outro e de observância a um dever negativo de reciprocidade – não fazer aos outros o que não deseja para si⁵¹.

2.3 Publicidade

A primeira questão que o tema da publicidade sugere é a forma de sua regulamentação. Esse foi um dos primeiros setores da atividade econômica que cogitou abertamente de uma auto-regulamentação e a levou a cabo. Com efeito, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária existe desde 1978, ano em que foi aprovado no III Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em

São Paulo. Sua aplicação é feita pelo CONAR – Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária. Inicialmente – e durante muitos anos – eram seus membros apenas anunciantes, agências e veículos de publicidade. Mais recentemente admitiu fornecedores da indústria da propaganda e entidades privadas de defesa do consumidor.

Não resta dúvida de que o CONAR é um organismo de auto-regulamentação da publicidade, mas a disciplina dessa atividade disposta no CDC não deixa margem à sua atuação, que, apesar de lícita e socialmente útil, não tem previsão legal, o que seria necessário para a construção de um sistema misto que articulasse regulamentação pública e auto-regulamentação privada.

No âmbito da publicidade, este trabalho se cingirá ao exame do CDC.

2.3.1 Conceito

A publicidade deve ser compreendida pelos aspectos mercadológico e jurídico. O conceito mercadológico pode ser apreendido pela definição dada pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP) à publicidade comercial: “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias” (art. 8º).

A finalidade mais comum à publicidade – e por isso freqüentemente é agregada a qualificação “comercial” – é o estímulo ao consumo. Nesse aspecto, a publicidade é uma ferramenta de *marketing*. Na amplitude do *marketing*, e da publicidade por extensão, inclui-se a promoção de instituições, conceitos e idéias.

Instituições podem abranger, por exemplo, entidades sem fins lucrativos que promovam uma campanha de arrecadação de fundos mediante a realização de sorteios ou vendas em benefício social, divulgada pela publicidade. Também se incluem no espectro da publicidade as comunicações sociais de entidades governamentais. O que se “vende” aí não são produtos, mas, eventualmente, serviços

lato sensu de caráter social, as prestações do Estado-providência, como educação, saúde etc.

Não se incluem no conceito de publicidade as comunicações de caráter eminentemente político, como as mensagens dos partidos políticos e as campanhas eleitorais. Rigorosamente, essa é a matéria da propaganda. É nesse sentido que se fala de “propaganda republicana”, “propaganda eleitoral”, “propaganda partidária” etc. Nessas mensagens, predominam conceitos e idéias. Sem embargo, a palavra propaganda foi incorporada ao jargão da publicidade comercial.

Conceitos e idéias também podem ser os objetos imediatos da publicidade comercial. Isso ocorre na denominada publicidade institucional, que não se relaciona diretamente com os esforços de venda do anunciante.

Publicidade promocional e institucional são duas espécies de comunicação mercadológica que correspondem a objetivos diferentes⁵². A publicidade promocional tem como conteúdo as ofertas de produtos e serviços, visando imediatamente a realização da finalidade econômica do anunciante. A publicidade institucional integra-se a uma estratégia de mais longo alcance, com vistas à afirmação positiva da imagem do anunciante. Pode versar sobre temas não relacionados diretamente com os produtos ou serviços da empresa, mas importantes ou significativos para o público, como a preservação do meio ambiente, o apoio à cultura e ao esporte, a solidariedade social e outros⁵³. O anunciante institucional tira da partida da identidade que o público tem com esses valores.

No âmbito jurídico, a Lei n. 4.680, de 18 de junho de 1965, que dispôs sobre o exercício da profissão de publicitário e do agenciador de propaganda, define como propaganda⁵⁴ “qualquer forma de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”⁵⁵ (art. 5º).

Na doutrina, é recorrente a conceituação da publicidade como o conjunto de meios destinados à promoção, direta ou indireta, do consumo de produtos e serviços.

Nesses conceitos e em outros semelhantes, ressaltam dois elementos: a) a promoção de produtos e serviços; b) o caráter econômico da atividade publicitária.

Sem embargo, é importante levar em conta o caráter persuasivo da publicidade⁵⁶, determinante para a exigência de identificação da mensagem, em face do princípio da transparência.

Reunindo os elementos analisados, podemos conceituar a publicidade, tendo em vista o âmbito que ela compreende no Código de Defesa do Consumidor, como toda comunicação pública de entidades privadas ou públicas, feita por meio de qualquer meio de difusão, destinada a influenciar a coletividade, direta ou indiretamente, para o consumo de produtos ou a prestação de serviços.

A influência direta se dá pela publicidade promocional e a indireta pela institucional. A prestação de serviços inclui os serviços públicos diretos, não sendo essencial, portanto, o caráter econômico da atividade publicitária no âmbito institucional.

2.3.2 Requisitos de licitude

O art. 36 contém os dois requisitos de licitude da publicidade: a identificação e a veracidade da mensagem. Essas duas regras derivam do princípio da transparência, mencionado no art. 4º, *caput*, do CDC.

A transparência é um fim do Código de Defesa do Consumidor⁵⁷, caracterizando-se, portanto, como princípio⁵⁸. Segundo Cláudia Lima Marques, o princípio da transparência institui para o fornecedor o dever de informar, invertendo a tradicional regra *caveat emptor* (acautele-se o comprador) para *caveat venditor* (acautele-se o vendedor). O princípio aplica-se à publicidade, pois cobre não só as relações contratuais, como ainda as pré-contratuais entre fornecedor e consumidor⁵⁹.

Por imposição de transparência, a mensagem publicitária deve ser identificável e veraz. Nessa medida, identificação e veracidade

são deveres comportamentais do anunciante. Segundo o dever de identificação, a mensagem publicitária tem que se ostentar como tal, não pode ser mascarada. A exigência dessa conduta deve-se ao teor predominantemente persuasivo da publicidade. Por isso a imprescindibilidade de que a persuasão integre o conceito de publicidade. Não fora assim, não haveria o dever de identificação.

A identificação deve ocorrer fácil e imediatamente, o que normalmente acontece, haja vista a vocação ostensiva da publicidade e a necessidade de fixação da marca. Entretanto, a mensagem perde em credibilidade justamente pela percepção pública da sua natureza publicitária. Por isso, desenvolveram-se técnicas dissimuladas de publicidade, apresentando-a ao destinatário como se fosse informação de fonte isenta. Por exemplo, a publicidade redacional, que se imiscui na matéria informativa de um jornal ou revista, aparentemente como matéria editorial do veículo. O dever de identificação condena essa prática, que só ocorre com a conivência do órgão de imprensa. A preferência do anunciante em fazer ao público uma comunicação mais extensa, sem os sinais característicos e a síntese dos anúncios, pode ser acatada pelo veículo com a cautela de sinalizar ao público que se trata de publicidade. É comum, para esse fim, a aposição do pré-título “informe publicitário” ou equivalente.

Um caso difícil quanto ao dever de identificação é o chamado *merchandising* – designação que, apesar de imprópria, define a apresentação verbal ou visual de um produto ou serviço ou da respectiva marca, de modo aparentemente circunstancial, ocultando a verdadeira intenção publicitária. A prática generalizou-se na televisão e no cinema. É uma espécie de publicidade clandestina. Na Europa, toda publicidade clandestina é proibida pela Diretiva 89/552, que a tem como caracterizada quando há risco de induzir o público em erro sobre a natureza publicitária da apresentação e é feita mediante pagamento. O CDC é silente e o CBAP também.

Alguns sugerem que o *merchandising* seja admitido mediante advertência prévia da sua inserção nos créditos do programa ou do filme⁶⁰.

A solução exige esclarecimento diante dos princípios do CDC. A publicidade deve obedecer ao princípio da transparência, em razão do que deve ser identificada como tal. A questão é saber se a inserção de matéria publicitária no contexto do programa configura clandestinidade ou se a sua prática é hoje tão disseminada que se tornou claramente perceptível. Em princípio, a segunda afirmação parece verdadeira, mas sempre pode surgir uma técnica mais refinada que burle a sagacidade do consumidor. Para qualquer caso, os critérios da Diretiva europeia parecem apropriados: deve ser avaliado se a forma de apresentação da mensagem é potencialmente capaz de induzir o público em erro e se há pagamento ao veículo de comunicação que realizou a inserção, direto ou indireto.

Quanto ao primeiro requisito – indução do público em erro – há ainda que se verificar de que público se trata. Não cabe, nesses casos, a adoção do clássico *standard* do homem médio. A avaliação deve ser feita no público-alvo do anúncio, procurando identificar o consumidor típico. Se o produto destina-se a uma faixa de mercado de baixo nível sociocultural, a avaliação pela média da audiência deixaria abaixo do nível de percepção todo o público especificamente destinatário da mensagem.

Outra forma aceitável de publicidade perante o dever de identificação é o *teaser*, anúncio preparatório de uma campanha; aceitável porque, visando apenas criar expectativa, apresenta dados insuficientes para induzir ao consumo.

Diferencia-se da matéria aqui tratada a publicidade subliminar, porque atua no plano inconsciente do indivíduo, enquanto as formas publicitárias, inclusive as infratoras, agem sobre o consciente, tentando induzir o consumidor a determinado comportamento voluntário. A publicidade subliminar é uma forma de ilicitude que vai além da publicidade, chegando à violação de direito da personalidade, por coartar a autodeterminação⁶¹. Consiste em estimular a mente de alguém com sinais tão fracos ou efêmeros que escapem à percepção da consciência, mas suficientes para influenciar o comportamento. É conhecido o relato de uma

experiência de 1957, realizada nos Estados Unidos, quando a platéia de um cinema foi levada ao consumo de Coca-Cola e milho logo após a exibição de um filme. O efeito subliminar é obtido pela intercalação da mensagem desejada, durante a exibição de um filme, em um dos fotogramas projetados à velocidade de 24 quadros por segundo. Em 1987, na campanha presidencial francesa, o canal de televisão Antena 2 incluiu na sua logomarca imagens imperceptíveis a olho nu do Presidente da República, que era candidato à reeleição. Não houve sanção porque uma corte francesa julgou que o fato não constituía infração penal.

O segundo dever a ser observado pelo anunciante é o de veracidade, que atinge apenas os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Esses dados deverão ficar à disposição dos interessados para eventual comprovação. Mais uma vez é o princípio da transparência que impõe o dever, assegurando ao consumidor que a mensagem não seja enganosa nos elementos que permitam verificação.

Não são atingidos pelo dever de veracidade os apelos fantasiosos da publicidade. Para atrair a atenção do consumidor, a publicidade vale-se geralmente do otimismo, do exagero, do humor e das emoções. Nada disso é crivado pelo dever de veracidade, nem mesmo os superlativos indeterminados, como "o melhor produto do mercado".

Vejamos a seguir as duas modalidades de publicidade ilícita tipificadas no CDC.

2.3.3 Publicidade enganosa

É enganosa qualquer comunicação publicitária⁶² que utilize dados falsos ou artifício equivalente⁶³ para induzir em erro⁶⁴ o consumidor a respeito do produto ou serviço anunciado. É suficiente, para a tipificação, que a mensagem seja parcialmente⁶⁵ falsa⁶⁶. Caracteriza-se a ilicitude em abstrato, não necessariamente em concreto: basta que a mensagem seja potencialmente enganosa. Novamente o critério do consumidor típico é chamado a determinar o conteúdo da

regra. A investigação mercadológica poderá esclarecer o nível de percepção da enganiosidade no público-alvo do produto ou serviço⁶⁷. Em regra, as empresas traçam antecipadamente o perfil dos seus consumidores típicos. Além disso, há percepções exteriores de fácil constatação, como o preço e a qualidade do produto, que revelam a quem ele é destinado. A avaliação também fica facilitada pelas pesquisas especializadas de audiência ou leitura dos veículos em que as mensagens são inseridas, mostrando a composição do público atingido.

Também se caracteriza a falsidade por omissão, quando um dado relevante⁶⁸ deixa de ser informado⁶⁹.

2.3.4 Publicidade abusiva

A publicidade é abusiva quando a mensagem fere algum valor social ou cultural relacionado no art. 37, § 2º, ou outro equivalente, uma vez que o elenco é exemplificativo. São abusivas mensagens discriminatórias, incitativas à violência, exploradoras do medo, da superstição, da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeitadora de valores ambientais, indutora a comportamento prejudicial ou perigoso à saúde ou à segurança.

São escassos os casos de publicidade abusiva na jurisprudência. Às vezes, os acórdãos usam as expressões “enganosa e abusiva”, mas na verdade se trata de publicidade enganosa. A raridade de exemplos pretorianos não significa que são poucos os casos de abusividade. Antes pelo contrário. O contraste entre a precariedade da jurisprudência e o quanto que se vê, se lê e se ouve de publicidade abusiva pode ter duas explicações: a desatenção dos órgãos que poderiam agir e pouca repercussão patrimonial, pois, via de regra, a publicidade abusiva ofende valores morais e sociais, sem prejuízo material ou mesmo moral individual.

Permanece como paradigma da reação contra publicidade abusiva a ação pioneira ajuizada no alvorecer do CDC por associação de consumidores de Porto Alegre contra empresa de alimentos que exibia em dois filmes de 30 segundos na televisão crianças que, em

tese, estariam praticando comportamentos tipificados no Código Penal. Em um dos filmes, crianças ingressavam à noite em supermercado fechado para de lá subtraírem sobremesas. No outro, meninos constrangiam meninas a lhes entregarem os mesmos produtos, sob a ameaça de libertar sapinhos na barraca em que estavam acampadas. A ação foi julgada procedente⁷⁰.

Por vezes, percebe-se a inconformidade social, como manifestou o médico Sérgio de Paula Ramos, em artigo publicado no jornal *Zero Hora* criticando a permissividade da propaganda de bebidas alcoólicas. O autor se empenha na imposição aos fabricantes de bebidas das mesmas restrições que se aplicam à publicidade dos produtos do fumo⁷¹, e observa que, malgrado as vedações legais, a promoção comercial do álcool, especialmente da cerveja⁷², abusa da imagem dos jovens, do erotismo, da associação ao êxito profissional, social e sexual e do patrocínio de práticas esportivas por meio da TV⁷³.

2.3.5 Contrapropaganda

Uma das sanções mais eficazes contra publicidade enganosa ou abusiva é a contrapropaganda. No projeto, havia sua previsão no § 3º do art. 37, aplicável por imposição administrativa ou judicial. O dispositivo, aprovado no Congresso, foi vetado com o argumento da falta de parâmetros de aplicação. Sobreviveu como sanção administrativa no art. 55, XII, e no art. 60 do CDC, mas é inócua, sequer contemplada com regulamentação específica no Decreto n. 2.181/97. Judicialmente, é possível a inibição de publicidade enganosa ou abusiva como imposição de obrigação de não-fazer, com base no art. 84. Em rara decisão, o Ministério Público do Rio Grande do Sul obteve a aplicação judicial de contrapropaganda, com a publicação na imprensa do dispositivo de sentença contra loja de Porto Alegre por publicidade enganosa⁷⁴.

2.3.6 Legitimidade ativa e passiva

São legitimadas para propor ações por publicidade enganosa e abusiva as organizações previstas no art. 82 do CDC, e somente elas, não o consumidor individual, porque se trata de proteção coletiva. Legitimados passivos são os patrocinadores ou anunciantes (art. 38), a quem cabe o ônus invertido da prova. Responde não só o anunciante direto, mas todos os que se beneficiam da mensagem publicitária, como os revendedores⁷⁵ ou, inversamente, as empresas que dão suporte ao anunciante, como as concedentes⁷⁶.

Em regra, as empresas de comunicação não respondem por publicidade enganosa ou abusiva que veiculam, somente os anunciantes que a patrocinaram⁷⁷. Todavia, elas poderão ser responsabilizadas solidariamente se tiverem participação nos negócios do anunciante⁷⁸.

2.4 Conclusão

A sociedade de consumo não prescinde dos negócios massificados, o que determinou a grande dinâmica hoje verificada nas práticas comerciais, dentre elas a interação indispensável entre oferta e publicidade. Do lado dos consumidores, a praticidade, especialmente a necessidade determinada pela vida nas grandes cidades, como os transportes, a alimentação rápida, o acesso a espetáculos públicos etc., gerou o automatismo e a objetivação das trocas. Com o automatismo, veio o anonimato do fornecedor, oculto pelas máquinas, e do consumidor, presente apenas digitalmente pelo toque dos botões.

Nada disso, porém, pode significar a despersonalização das relações de consumo. Se nas trocas automatizadas, pela natureza e funcionalidade da sua concepção, não é necessária a identificação do consumidor, não há lugar para cogitações de capacidade. Como já dizia Betti, não se pode separar o social do jurídico, de sorte que o tratamento jurídico de um fato não deve ser sempre e só reconduzido à vontade, mas ao seu reconhecimento social.

De outra parte, tendo em vista a preservação da idéia de sistema e unidade do ordenamento jurídico, impõe-se ao intérprete a compatibilização das normas para uma aplicação coerente e uniforme, deixando o pensamento tópico como última e excepcional instância. É nesse contexto que cresce a importância das cláusulas gerais⁷⁹, imprimindo uma diretriz de operabilidade à lei⁸⁰.

Dessa sorte, as relações massificadas do mercado, especialmente as relações de consumo, são negócios jurídicos que devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos (art. 113 do CC), independentemente de forma (art. 107) e de acordo com a sua função social (art. 421), o que significa desconsiderar exigências desnecessárias como a capacidade em âmbitos do interesse humano em que prevalecem a objetividade e a praticidade. Sobre essas relações jurídicas paira o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para a dinâmica das relações de consumo e para o seu automatismo contribui decisivamente a publicidade, a qual, não obstante estar adequadamente normatizada, é, das matérias do CDC, provavelmente a mais desrespeitada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 52, p. 167-187, jul. 1991.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992.

ALPA, Guido. Corso di diritto contrattuale. Padova: CEDAM, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 41-

51, abr./jun. 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. t. I.

BRANCO, Gerson Luiz Cardoso. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 12, p. 169-225, out./dez. 2002.

CANNARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In: Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43-72.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1982.

DI CASTELAZZO, Carlo Toesca. **L'offerta al pubblico**. Torino: Fratelli Bocca, 1903.

ELLIOT, William F. **Commentaries on the law of contracts**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1913. v. I.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Trad. José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FRISON-ROCHE, Anne-Marie. Volonté et obligation. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, 2000, tome 44: l'obligation, p. 129-151.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. **Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 183-187, jan./mar. 1993.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Trad. Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. Derecho de obligaciones. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

_____. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 18, p. 218-297, abr./jun. 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial**: proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 22 e 38.

RAMOS, Sérgio de Paula. O pilequinho nacional. **Zero Hora**. Porto Alegre, 10-7-2007, p. 13.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Lemos, 1997.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, número especial, p. 52-90, 1992.

VENCELAU, Rosa Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

1 PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

2 A bem da verdade, o tema não é novo. Em 1903, foi publicada em Turim monografia incluindo a tratativa da vinculação obrigacional decorrente da exposição de mercadorias na vitrine (DI CASTELAZZO, Carlo Toesca. **L'offerta al pubblico**. Torino: Fratelli Bocca, 1903. p. 99 e s.).

[3](#) Muitas questões jurídicas relevantes surgiram da massificação, tais como a chamada crise do contrato (saber se a figura do contrato ainda persistia no tráfico de massa), a insuficiência dos vícios redibitórios como garantia dos produtos industrializados, suscitada pela intermediação neutra do comerciante relativamente à qualidade da fabricação etc. Algumas dessas questões, como a primeira, serão apenas tangenciadas, na medida do interesse para o tema em foco; outras, como a segunda, serão deixadas de lado para não fugirmos aos objetivos do trabalho.

[4](#) TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, número especial, p. 63, 1992.

[5](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 52, p. 179, jul. 1991.

[6](#) NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, p. 228, 234, 236, abr./jun. 2004.

[7](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 229-232.

[8](#) Para Fernando Gherardini Santos, oferta é a manifestação jurídica do *marketing* (p. 146). Para o autor, as práticas comerciais (art. 39) também são manifestações jurídicas [juridicamente relevantes] do *marketing* (p. 131). Ver SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[9](#) AMARAL JÚNIOR, Alberto. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. **Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 41-51, abr./jun. 1995.

[10](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 289.

[11](#) JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 83.

[12](#) FRISON-ROCHE, Anne-Marie. Volonté et Obligation. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, tome 44: l'obligation, p. 129-151, 2000.

[13](#) Também para Guido Alpa (**Corso di diritto contrattuale**. Padova: CEDAM, 2006. p. 25), é um comportamento concludente que caracteriza a aceitação da oferta.

Dito comportamento, segundo Alpa, verifica-se quando alguém deixa inferir, pelos seus atos, que aceitou a oferta, tendo em vista a natureza do negócio ou os usos. Ainda sobre o tema, cabe destacar a diferenciação feita por Flume entre comportamento concludente e atos concludentes: nestes, as conseqüências jurídicas decorrem da lei [o que corresponde aos atos jurídicos em sentido estrito], enquanto naqueles o ordenamento jurídico reconhece declarações de vontade configuradoras de relações jurídicas, ou seja, uma declaração de vontade tácita (FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Trad. José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998). Também assim entendeu Pontes de Miranda (38, § 4.190, 4), ao criticar “a fantasia das condutas socialmente típicas e dos elementos fáticos, em vez de atos, nos negócios jurídicos”. E logo adiante (§ 4.191, 1): “Alguns negócios jurídicos bilaterais podem resultar de *atitude* ou de *ato* que signifique manifestação de vontade do agente ou de outrem. As figuras mais freqüentes são a das estradas de ferro, a dos ônibus ou dos bondes, a das barcas e a dos outros transportes públicos” (grifos do original) (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 38 (a citação é feita pelos volumes e parágrafos).

[14](#) ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Lemos, 1997. p. 128.

[15](#) Nesse sentido: MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 291, exemplificando que bastam, na compra-e-venda, os seus elementos essenciais – coisa e preço – para a suficiência da oferta.

[16](#) ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 121.

[17](#) ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 808.

[18](#) As estratégias de mercado desenvolveram meios de apresentação da oferta mais individuais, via “mala direta”, e mais recentemente por *e-mail* (o indesejável *spam*). Passa a haver determinação pessoal do declaratório e o meio de difusão deixa de ser público ou, pelo menos, aberto. Tendo em vista esses desenvolvimentos, Carlos Ferreira de Almeida sustenta a idéia de uma desmassificação do consumo, com a repersonalização das relações jurídicas e

menor freqüência de recurso às ofertas ao público (ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 823).

[19](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 38, §§ 4.191 e 4.192.

[20](#) BRANCO, Gerson Luiz Cardoso. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 12, p. 184, 192, *passim*, out./dez. 2002.

[21](#) LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 736.

[22](#) Esse debate teve início precisamente na Alemanha, onde a rigidez da disciplina dos negócios jurídicos oferecia resistência à entrada no mundo jurídico de novos fatos sociais aparentemente incongruentes. Daí a emergência, na Alemanha, de teorias como as relações contratuais fáticas e o comportamento social típico, todas, em última análise, fazendo um esforço de adaptação de “fatos rebeldes” aos rígidos padrões dogmáticos. Essas questões obtiveram eco no Brasil, onde o CC de 1916 fora influenciado pelo direito alemão, com a elaboração de uma parte geral introdutória. Contraditoriamente, então, foi adotado o conceito unitário de ato jurídico, conforme o modelo francês. Em situação diametralmente oposta, o debate alemão não repercutiu com a mesma intensidade na Itália, cujo CC de 1942 não incluiu na parte geral a disciplina do negócio jurídico. Finalmente, o CC de 2002 aproximou-se mais ainda do modelo germânico, positivando o conceito de negócio jurídico.

[23](#) LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: ERDP, 1958. p. 58-61.

[24](#) Note-se que no CCB (arts. 509 e 510), a aceitação nas vendas a contento e sujeita à prova também pode dar-se por utilização do objeto.

[25](#) Exemplo também referido por FLUME, Werner, *op. cit.*, p. 101, ao concordar que, apesar das críticas a Larenz, trata-se de conduta socialmente típica e por isso mesmo formadora de contrato.

[26](#) A nosso ver, persiste sem resposta clara, nos argumentos de Larenz, a questão relativa às obrigações assumidas pelos incapazes – não a proteção dos seus direitos – tema que enfrentaremos adiante.

[27](#) LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. Miguel Izquierdo y Macias-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 730-740.

[28](#) FLUME, Werner. *op. cit.*, p. 128-138.

[29](#) Segundo Elliot, uma criança tem legitimidade para adquirir bens de um valor razoável para suprimento imediato de necessidades pessoais. O conceito de necessidades compreende alimentos, vestuário, alojamento, educação, eventualmente os serviços de um advogado e outros bens a serem considerados conforme as circunstâncias (ELLIOT, William F. **Commentaries on the law of contracts**. Indianapolis: Bobbs-Merril, 1913. v. 1, p. 491). Sobre o tema, diz Pontes de Miranda: "Os homens são adstritos à vida em contatos rápidos, dos quais resultam ou que resultam de negócios jurídicos necessários à alimentação, ao transporte e a outras necessidades da existência. Não seria possível que se exigisse forma especial para cada ato e o serem expressas todas as manifestações de vontade" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, v. 38, § 4.193, 2).

[30](#) Ver COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. Também Rosa Melo Venceslau alude à necessidade como elemento de crescente importância na formação de relações jurídicas na sociedade de massa, em contraste com o declínio do papel da vontade (VENCELAU, Rosa Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades. **In**: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.186).

[31](#) COUTO E SILVA, Clóvis do, *op. cit.*, p. 91.

[32](#) AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 279. Neste passo, são equivalentes as críticas de Rose Melo Vencelau, para quem o Código Civil de 2002 supervalorizou o negócio jurídico, deixando ao ato jurídico espaço subsidiário, sem explicitar quais as disposições do negócio jurídico se aplicam aos atos não negociais (VENCELAU, Rosa Melo, *op. cit.*)

[33](#) AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 179, 183.

[34](#) Entenda-se por "representante autônomos" todo e qualquer agente **lato sensu** que atue em cooperação com o fornecedor, integrando-se, desse modo, à cadeia de fornecimento. A expressão usada no art. 34 do CDC está de acordo com a Lei n. 4.886/65. Com a entrada em vigor do CC do 2002, foram regulamentadas

outras espécies de cooperação comercial, por meio dos contratos de comissão (art. 693 do CC), de agência ou distribuição (art. 710 do CC) e de corretagem (art. 722), contratos que já eram de prática corrente, apesar da falta de tratamento legislativo até 2002. O Código Civil atual, além de positivizar esses contratos, corretamente dispôs sobre o instituto da representação (art. 115 do CC), que deriva exclusivamente da lei (representação dos incapazes, por exemplo) ou do interessado (contrato de mandato: art. 653 do CC). Nenhum dos contratos citados anteriormente (comissão, agência ou distribuição e corretagem), que são as formas mais comuns de atuação de alguém em favor dos interesses comerciais de outrem, inclui poderes de representação. De modo genérico, os agentes **lato sensu** ou cooperadores incluem-se na categoria de “prepostos”, que abrange igualmente os empregados do fornecedor.

[35](#) No art. 32, oferta tem o significado de fornecimento: os fabricantes e importadores devem assegurar a disponibilidade de componentes e peças de reposição enquanto o produto for mantido no mercado ou por tempo razoável depois de cessada a produção ou importação.

[36](#) TOMASETTI JÚNIOR, Alcides, *op. cit.*, p. 63.

[37](#) Foi o que ocorreu no caso em que um consumidor fez aquisição de um automóvel junto a uma concessionária. O fabricante, mediante campanha publicitária, havia prometido a entrega pelo sistema *on line*, fosse o negócio feito diretamente pelo interessado pela Internet ou por intermédio da rede autorizada. Não cumprido o prazo, o consumidor ingressou com ação contra o fabricante, logrando êxito final no STJ (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n. 363.939, Relator: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 4-6-2002).

[38](#) MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. I.

[39](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, v. 22, § 2.679, 6.

[40](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, v. 31, § 3,585, 1.

[41](#) ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 836.

[42](#) ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 827-841.

[43](#) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, v. 38, § 4.192.

[44](#) BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. t I, p. 226.

[45](#) BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 229.

[46](#) BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 232.

[47](#) BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 247 e s.

[48](#) MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 73.

[49](#) MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 75.

[50](#) MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 85.

[51](#) MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 112.

[52](#) Vidal Serrano Nunes Júnior, citando Armando Sant'Anna e José Benedito Pinho, desdobra os objetivos da publicidade em sete funções, a saber: identidade, criação de prestígio, criação de necessidade e novos padrões de consumo, inovação, institucional e convencimento de intervenientes no processo de aproximação entre o fornecedor e o consumidor (o convencimento do médico na prescrição de certos medicamentos, por exemplo). Cf. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

[53](#) A lei francesa sobre publicidade na televisão (Decreto n. 92.280, de 27 de março de 1992) inclui expressamente a publicidade institucional na sua definição, dizendo que constitui publicidade qualquer forma de mensagem difundida pela televisão contra remuneração ou outra contrapartida, seja para promover o fornecimento de bens ou serviços, seja para **assegurar a promoção comercial de uma empresa pública ou privada**.

[54](#) Mais uma vez constata-se a fungibilidade das palavras "publicidade" e "propaganda": a lei refere-se à "atividade publicitária" desenvolvida nas "agências de propaganda", e incorpora as normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda (Rio de Janeiro, 1957). Nota-se, em princípio, uma preferência dos próprios publicitários pelo termo "propaganda", haja vista a denominação dos seus principais eventos e congressos, e da entidade que congrega as agências, a ABAP – Associação Brasileira das Agências de Propaganda. Todavia, o Código Brasileiro de Auto-

Regulamentação Publicitária alude a “agência de publicidade” (art. 3º) e “publicidade” (arts. 6º, 7º etc.).

[55](#) A questão da identificação será tratada mais adiante.

[56](#) Assim: AMARAL JÚNIOR, Aberto do, *op. cit.*, p. 42.

[57](#) GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 185, jan./mar. 1993.

[58](#) A transparência também pode ser vista como dever de informar decorrente da boa-fé. Alguns autores não relacionam a transparência entre os princípios do CDC, mas a boa-fé sim. Entendemos que a relação entre a boa-fé e a transparência é de princípio e sobreprincípio. Os sobreprincípios são normas mais amplas, que exercem uma função definitória, especificando um comando mais amplo. Situam-se ambos, princípios e sobreprincípios, no mesmo nível normativo. Para Tomasetti Júnior, a transparência é objetivo do CDC, significando “uma situação informativa favorável à apreensão racional” dos elementos que interferem e condicionam as expectativas e os comportamentos dos sujeitos das relações de consumo (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides, *op. cit.*, p. 53).

[59](#) MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 286-288.

[60](#) NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992, em especial p. 67; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 283. O próprio legislador já deu mostras de aceitação desse caminho: o art. 3º-C, § 1º, da Lei n. 9.294/96, com a redação da Lei n. 10.702/2003, determinou que na transmissão em território brasileiro de evento esportivo com imagens geradas no estrangeiro patrocinado por empresas ligadas a produtos fumíferos, na abertura e no encerramento sejam veiculadas mensagens de advertência sobre os malefícios do fumo.

[61](#) Vale transcrever, em tradução livre, a bela passagem de Adriano De Cupis sobre a liberdade psíquica como direito da personalidade: “Certamente, as ações puramente internas, sendo insuscetíveis de percepção externa, não apresentam interesse social. Mas não se pode contestar que existe interesse social, a par de pessoal, na possibilidade de que a vontade, o pensamento, o sentimento da pessoa se formem livremente: não importa, de um ponto de vista superior, o

específico e particular conteúdo das atitudes internas, psíquicas, mas importa a liberdade da sua formação, a ausência de coerção, ser, o indivíduo, livre nas suas próprias escolhas e determinações: vale dizer, a liberdade psíquica ou moral, que é, precisamente, a liberdade da pessoa em relação às suas ações internas” (DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1982, p. 212).

[62](#) Não é necessário que seja um anúncio reconhecido como tal pelas características gráficas habituais, pode ser uma notícia divulgada na imprensa pelo fornecedor interessado (por meio de *press release*, por exemplo). Foi o que aconteceu no caso objeto do REsp 60.809/SP, onde uma empresa de *software* fez divulgar na imprensa, com repercussão nos grandes jornais do país, notícia distorcida, de que um programa por ela desenvolvido fora premiado nos Estados Unidos como o melhor do mundo em segurança de dados de microinformática. Um concorrente obteve, no recurso referido, ressarcimento por dano moral. O que chama a atenção é que a reação não foi dos consumidores, mas de um concorrente, revelando, mais uma vez, que a tutela coletiva não é efetiva por falta de atuação dos órgãos legitimados (STJ, 3ª Turma, REsp 60.809/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Brasília, 26-9-1999).

[63](#) “Somente os produtos modificados em relação ao produto natural podem receber a qualificação de *diet*, o que não significa, apenas, produto destinado à dieta para emagrecimento, mas, também a dietas determinadas por prescrição médica, motivo pelo qual a água mineral, que é comercializada naturalmente, sem alterações em sua substância, não pode ser assim qualificada porquanto não podem ser retirados os elementos que a compõem. *In casu*, o aumento das vendas do produto noticiado pelo recorrido caracteriza a possibilidade de o *slogan* publicitário encerrar **publicidade enganosa** capaz de induzir o consumidor a erro” (STJ, 1ª Turma, REsp 447.303/RS, Rel.: Min. Luis Fux, Brasília, 2-10-2003).

[64](#) “Instituição de ensino que veicula publicidade de curso técnico em computação, quando na realidade se tratava de curso meramente profissionalizante, sem habilitação no MEC. Indução do consumidor em erro. Criação de expectativas no sentido de que ao aluno seriam oportunizados estágios, mediante a intermediação da escola. Frustração. Dano moral reconhecido” (TJRS, 3ª Turma Recursal Cível dos JECs, Recurso Inominado 71001018860. Rel. Eugênio Facchini Neto, Porto Alegre, 12-12-2006).

[65](#) “Se o fornecedor, através de **publicidade** amplamente divulgada, garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da **oferta** apresentada” (STJ, 3ª Turma, REsp 341.405/DF, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 3-9-2002). “Ofertando as rés o serviço de *Internet Rápida*, sem esclarecer adequadamente que tal serviço só se mostra disponível aos assinantes da TV a Cabo, e que a contratação do primeiro importa na venda casada da TV a Cabo, incorrem elas em duas práticas vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor, quais sejam a da publicidade enganosa e da venda casada, previstas, respectivamente, nos arts. 37, § 1º, e 39, inc. I, da Lei n. 8.078/90” (TJRS, 1ª Turma Recursal Cível dos JECs, Recurso Inominado 71000664459, Rel. Ricardo Torres Hermann, Porto Alegre, 9-6-2005).

[66](#) Não há necessária correlação entre falsidade e enganosidade. Uma mensagem pode ser falsa e não enganosa, ou verdadeira e enganosa.

[67](#) O TJRS julgou caso que revela como a ingenuidade da consumidora é usada para ilaquear a sua boa-fé. Uma editora prometia prêmios a quem assinasse sua revista. Diz a ementa do acórdão: “Embora o regulamento previsse que a apuração do ganhador seria feita através de sorteio, as inúmeras missivas enviadas à demandante a incentivavam a adquirir os produtos da ré com a finalidade de incrementar seu *status* e aumentar sua pontuação. A concorrente foi levada a acreditar que detinha chances efetivas de ganho, sendo classificada como cliente ouro e informada de que, após apuração preliminar, concluiu-se que ninguém possuía melhores condições de ganhar um dos 1.615 prêmios oferecidos. Correspondência que informava que um dos ganhadores potenciais residia na mesma cidade da autora e que tinha o sobrenome de sua família. Assertivas inverídicas e destituídas de qualquer fundamento que caracterizam a deslealdade contratual. Estratégia de *marketing* agressiva e abusiva” (TJRS, 9ª Câmara Cível, AC 70009617374, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, Porto Alegre, 28-12-2005).

[68](#) “Na publicidade enganosa por omissão, só a ausência de dados essenciais é reprimida, por ser impossível ao fornecedor, em pequeno texto publicitário ou poucos segundos de um anúncio, informar todos os detalhes de seus produtos ou serviços” (TJRJ, 13ª Câmara Cível. Apelação Cível 2007.001.15365, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, Rio de Janeiro, 15-4-2007).

[69](#) "A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como **publicidade enganosa por omissão**" (STJ, 3ª Turma, REsp 327.257/SP, Rel. Min. Nancy

Andrighi, Brasília, 22-6-2004). No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp 302.174/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 29-9-2001.

[70](#) RIO GRANDE DO SUL, 7ª Vara Cível de Porto Alegre, 2ª Juizado, Processo 01191112364, Sentença publicada na **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 1, p. 222-228, 1992.

[71](#) A complexa questão da publicidade do cigarro e assemelhados, que encontra permissivo no art. 220, § 4º, da CF, exigiria desenvolvimento autônomo, não comportado nos limites deste trabalho.

[72](#) A Lei n. 9.294/96, modificada pela Lei n. 10.167/2000 e pela Lei n. 10.702/2003, estabelece restrições à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do art. 220, § 4º, da CF. Sobre a propaganda de bebidas alcoólicas, dispõe, entre outras providências: a veiculação nas emissoras de rádio e televisão somente entre 21 e 6 horas; a proibição de associar o produto ao esporte olímpico ou de competição, à condução de veículos, a idéias de êxito ou de sexualidade. Entretanto, são consideradas bebidas alcoólicas, para os efeitos de aplicação da lei, somente as bebidas com teor alcoólico superior a 13º Gay Lussac, o que libera as cervejas.

[73](#) RAMOS, Sérgio de Paula. O pilequinho nacional. **Zero Hora**, Porto Alegre, 10 jul. 2007, p. 13.

[74](#) RIO GRANDE DO SUL, 16ª Vara Cível do Foro de Porto Alegre, Comunicado aos consumidores. **Zero Hora**, Porto Alegre, 23 mar. 2000, p. 7.

[75](#) "É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam **publicidade enganosa** e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto" (STJ, 3ª Turma, REsp 327.257/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 22-6-2004). "A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da **publicidade** e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos" (STJ, 4ª Turma, REsp 139.400/MG, Rel. Min. César

Asfor Rocha, Brasília, 3-3-2000). De igual teor a ementa no: STJ, 4ª Turma, REsp 113.012/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 18-3-1997.

[76](#) “Constatado pelo eg. Tribunal *a quo* que o fornecedor, através de **publicidade** amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da **oferta** apresentada” (STJ, 3ª Turma, REsp 363.939, Rel. Min. Nancy Andrichi, Brasília, 4-6-2002).

[77](#) Nesse sentido: STJ, 3ª Turma, Recurso Especial 604.172/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, 27-3-2007. Também: TJRJ, 16ª Câmara Cível, AC 2006.001.58159, Rel. Des. Mauro Dickstein, Rio de Janeiro, 6-2-2007.

[78](#) Assim: STJ, 3ª Turma, REsp 92.395/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Brasília, 5-2-1998, em que foi admitida ação de consumidor que adquiriu cartela de sorteio em branco, proposta contra a emissora de televisão que participa do mesmo grupo empresarial da promotora do sorteio.

[79](#) CANNARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 273.

[80](#) REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 40.

3 CONTRATO DE ADESÃO E A RACIONALIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE PRODUÇÃO E CONTRATAÇÃO*

Wanderley Fernandes

Coordenador e professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; mestre em Direito pela University of Illinois; doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; advogado e sócio do escritório Barros Pimentel, Alcântara Gil, Fernandes, Rodriguez e Vargas Advogados.

3.1 Introdução

Partimos do princípio de que o contrato de adesão é instrumento útil, não apenas para os procedimentos de contratação, mas, igualmente, para todo o processo de produção e comercialização de produtos e serviços. Em outras palavras, o contrato de adesão é instrumento que serve à racionalização da atividade econômica. Idéia que não é nova. Enzo Roppo, na sua obra genial *O contrato*¹, já indicou a utilidade desse modo de contratação.

Para corroborar as afirmações acima, vamos nos dedicar, inicialmente, à análise de uma série de dificuldades de uma empresa imaginária e o papel que a uniformização do processo contratual exerce como redução dos custos de transação, na terminologia da *Law and Economics*, e do próprio processo produtivo e de redução dos custos de administração de conflitos contratuais.

Em seguida, serão examinados os aspectos teóricos e a maneira como a doutrina tem tratado o contrato de adesão. Finalmente, vamos analisar alguns dos instrumentos de proteção ao consumidor em face de abusos cometidos por fornecedores.

Antes, no entanto, de iniciarmos a investigação segundo o roteiro acima, parece-nos importante fazer algumas declarações de princípio:

1. O contrato de adesão não é um mal em si, como um instrumento engendrado por mentes malignas buscando, exclusivamente, o interesse daquele que tem o poder de determinar o conteúdo de um contrato;
2. O contrato de adesão não é um instrumento utilizado somente pelo agente monopolista, mas por todo aquele que, contratando em massa, necessita de instrumentos de proteção contra os riscos que o mau uso de seus produtos ou dos seus serviços pode causar ao consumidor ou a terceiros;
3. O contrato de adesão pode ser instrumento de defesa do interesse público e do tratamento isonômico de agentes do mercado, como o são os contratos administrativos que, integrantes de um edital, não podem ser negociados por aquele que o teve adjudicado;
4. Temos absoluta consciência e convicção de que a parte vulnerável merece proteção, seja em uma relação de consumo ou não, o que fica evidente pelos termos dos arts. 423 e 424 do Código Civil²;
5. Ao examinarmos os propósitos legítimos da utilização do contrato de adesão como instrumento de exercício da atividade econômica, entendemos que essa análise nos permitirá ter uma visão mais clara dos limites entre a racionalização da atividade econômica e os abusos que podem ser cometidos contra a parte vulnerável da relação contratual;
6. Finalmente, seguindo o pressuposto do texto desenvolvido pelo professor e ministro Eros Grau³, entendemos que as normas pertinentes à formação, conteúdo, forma e interpretação dos contratos de adesão servem para, em primeiro lugar, protegendo a parte mais fraca, estimular o consumo e, em palavra querida da professora Paula Forgioni, *azeitar*⁴ as relações travadas no *locus* chamado mercado.

Declaradas as convicções acima, resta-nos também declarar que o reconhecimento da utilidade do contrato de adesão não pode ofuscar a percepção de que essa maneira de contratação tem sido, infelizmente, utilizada como instrumento de abuso e como tentativa de afastar deveres e responsabilidades que são inerentes a muitos contratos, comprometendo a sua função econômico-social.

3.2 Racionalização da atividade econômica

Como indicado na introdução, vamos iniciar nossa análise a partir de um caso hipotético. Imaginemos que uma empresa enfrente uma série de desafios que impedem seu desenvolvimento ou criam obstáculos à sua eficiência no mercado (esta entendida como sua capacidade de geração de lucros).

Imaginemos, ainda, que uma empresa de auditoria tenha elaborado o relatório abaixo, indicando alguns problemas e apontando alguns possíveis caminhos para sua solução. O documento é dirigido ao diretor-presidente da empresa e aos diretores responsáveis pela área de recursos humanos e do seu departamento jurídico. O propósito deste exercício é descobrir como os mecanismos contratuais, ou melhor, os mecanismos do processo contratual podem servir de instrumentos para a racionalização da atividade econômica.

Vejamos o relatório⁵:

MEMO – CONFIDENCIAL

De: Pedro Paulo – Auditor Independente

Para: Marcio Antonio – Diretor-Geral

Assunto: Auditoria nos processos de distribuição

c.c: Octávio Augusto (Diretor de Recursos Humanos)

Carlos Eduardo (Diretor do Jurídico)

1. *Este memorando tem por objetivo descrever os graves problemas verificados em nossa auditoria realizada nos processos de suprimentos e de distribuição dos produtos industrializados e montados pela unidade localizada no Estado de São Paulo.*

2. *Considerados os resultados, julgamos adequado dirigir esta mensagem exclusivamente ao Diretor-Geral e para as diretorias jurídica e de recursos humanos, uma vez que, embora não existam evidências suficientes para qualquer afirmação categórica, há indícios de irregularidades nos processos de contratação nas áreas de vendas e de suprimentos. Por esta razão, julgamos que os temas deveriam ser reportados primeiramente aos destinatários antes de divulgados para os departamentos de vendas e de suprimentos.*

3. *Foram verificados os seguintes fatos:*

- *Embora a auditoria tenha sido realizada por amostragem – um universo de 250 contratações – em mais de dois terços das aquisições de materiais e insumos para a fabricação, os preços praticados são superiores ao menor preço proposto. Em todas as contratações existem relatórios de justificção técnica para a contratação de preço superior, porém nos pareceu excessiva a justificativa em número tão grande de contratações.*
- *Existem contratos para a prestação de serviços de consultoria em comercialização. Chamou-nos a*

atenção o fato de que a remuneração está totalmente vinculada ao sucesso das contratações, inclusive para aditamentos futuros. Além disso, os consultores não produziram qualquer relatório ou evidência que tenha dado suporte objetivo aos serviços prestados.

- As condições comerciais estabelecidas em cada contrato são bastante distintas, sem uniformidade de prazos de pagamento e de limites de desconto. Segundo a área comercial, algumas operações estratégicas tinham sido realizadas abaixo do custo para entrada em novos clientes. De fato, verificados os resultados consolidados, a operação da unidade de Manaus não apresenta prejuízos, porém, a margem de contribuição apurada nos parece muito baixa se comparada com as demonstrações financeiras e balanços publicados pelos concorrentes. Além disso, no último mês foram contratados mais dois profissionais para a área de contas a pagar e a receber. Tais custos poderiam ser evitados se houvesse uniformidade nos procedimentos.*
- Ao serem analisados os diversos contratos e as aplicações dadas aos equipamentos pelos diversos clientes, verificamos que os níveis de riscos decorrentes da responsabilidade civil do fabricante não são os mesmos e, segundo a gerente de seguros e gerenciamento de riscos, as seguradoras poderão pleitear a isenção da cobertura em razão da não-*

comunicação dos aspectos específicos de cada operação. Apenas a título de exemplo, observamos que um gerador produzido pela fábrica foi vendido para uma usina de produção de açúcar e álcool e outra para a Nuclebrás (para instalação na Usina Nuclear de Angra dos Reis), sem que houvesse qualquer ressalva quanto à responsabilidade da empresa pela aplicação do mesmo gerador para diversas finalidades.

- O crescimento da empresa e aumento das vendas têm causado diversos problemas de programação da fábrica para atendimento dos prazos negociados pelos distribuidores e pelos representantes comerciais. Já foram aplicadas diversas multas por atraso e algumas ações judiciais foram propostas em comarcas as mais diversas no país.*

4. Por todas as razões indicadas, sugerimos as seguintes medidas:

(a) contratação de investigador particular para a verificação de envolvimento de profissionais da empresa, dos seus fornecedores e clientes em contratações que parecem fora dos padrões de mercado;

(b) revisão dos procedimentos de compra de materiais e insumos para a unidade de Manaus e também dos procedimentos comerciais para o fornecimento de equipamentos para os principais clientes;

(c) verificação dos programas de incentivos para os representantes comerciais e profissionais da área comercial da empresa; e,

(d) revisão dos procedimentos de contratação já realizados e dos futuros, para que possam ser coibidas as irregularidades.

Sendo estes os esclarecimentos, colocamo-nos à inteira disposição para os esclarecimentos adicionais que se fizerem necessários.

Embora o relatório acima seja fictício, as dificuldades descritas são absolutamente possíveis. Os dois primeiros tópicos do item 3 tratam de maneira bastante discreta de uma suspeita de favorecimento de fornecedores pelo departamento de compras da empresa. Esta é uma realidade que, de maneira geral, é ignorada nos cursos jurídicos. O relatório demonstra que o critério de menor preço, típico do processo decisório, vem sendo descartado em função de justificativas técnicas que tomaram a posição de padrão usual nas aquisições da empresa.

Além de medidas de apuração de responsabilidade dos agentes, o processo de formação dos contratos poderia ser aprimorado no sentido de coibir determinadas práticas irregulares de contratação. Já tivemos a oportunidade de observar⁶ que o contrato, sendo uma relação de natureza obrigacional, também se qualifica como um processo, nos termos propostos por Clóvis do Couto e Silva⁷. Este processo se inicia não apenas quando as partes entram em tratativas, mas igualmente quando uma parte define condições e procedimentos internos para a contratação. Poderíamos definir tais regras como condições gerais para a contratação. Condições que, embora não integrem o contrato propriamente dito, definem normas a serem seguidas pelos agentes da empresa.

Algumas medidas que poderiam ser adotadas:

- Estipulação de níveis de alçada para decisões de contratação. Por exemplo, contratos cujo valor supere uma determinada quantia julgada relevante e contratos cujo escopo envolva intermediação de negócios e pagamentos *ad exitum* devam ser aprovados pela direção da empresa;
- Nenhum contrato poderá ser aprovado pelo mesmo departamento que solicitou a contratação ou que tenha participado da concorrência.
- Estipulação de rodízio de funções para os profissionais envolvidos nos processos de aquisição de bens e serviços.

Não se trata de partir do princípio de que todo profissional é corruptível, mas, na verdade, de criação de mecanismos que representem verdadeira proteção do próprio profissional e solidarização das responsabilidades assumidas pela empresa, de tal forma que irregularidades ou erros possam ser detectados no próprio processo interno de formação do contrato. O professor Thomas Piper, autor de livro muito interessante sobre ética nos negócios, *Can ethics be taught?*, observa que normas e procedimentos gerenciais representam verdadeira proteção criada para nos proteger de nós mesmos. Estas regras servem de padrão que, seguido, nos dão segurança nos procedimentos de contratação. Permitem ao próprio agente exercer sua atividade com tranqüilidade e, embora não retirem sua capacidade de julgamento e de decisão, asseguram que a obediência a essas regras retiram dele a responsabilidade exclusiva pelas decisões de negócios.

A administração de uma empresa caracteriza-se, principalmente, pelo controle do comportamento de seus agentes. Assim, a estipulação de procedimentos de contratação representa ferramenta poderosa do próprio exercício da atividade econômica. Permite racionalização e previsibilidade do comportamento dos profissionais.

O quarto item vai mais adiante no processo de uniformização dos contratos.

A empresa não tem apresentado os resultados esperados e enfrenta dificuldades operacionais no cumprimento de seus prazos contratuais. Segundo N. Gregory Mankiw, a economia é "o estudo da

forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos”⁸. Ou seja, economia trata da relação entre fins e meios (escassos) disponíveis para atingi-los. Portanto, o exercício de uma atividade econômica envolve a utilização eficiente e racional de meios escassos para que sejam atingidas determinadas finalidades. Meios escassos podem ser tanto os insumos envolvidos na produção como os meios de produção empregados. Atualmente, vivemos um período de intenso investimento em bens de produção, e, conseqüentemente, é possível que determinados insumos ou equipamentos não estejam imediatamente disponíveis no mercado. Da mesma maneira, há uma escassez de mão-de-obra qualificada de tal forma que o planejamento e a racionalização do uso de tais recursos são fundamentais.

Ora, a falta de controle sobre os preços, prazos e descontos praticados pelos agentes de comercialização pode gerar dificuldades operacionais intransponíveis. A área de produção de uma empresa poderá não estar devidamente aparelhada para o atendimento da demanda. Além disso, a instituição de mecanismos de incentivos financeiros sob a forma de comissão aos vendedores ou bônus medidos pelo volume de faturamento poderá congestionar o processo produtivo levando ao pagamento de penalidades ou indenizações decorrentes do atraso ou cumprimento imperfeito dos contratos.

Seria razoável, portanto, ao empresário, buscar uma certa uniformização não apenas dos procedimentos de contratação, mas também do próprio conteúdo do contrato. Neste caso específico, poderíamos estipular algumas condições gerais que integrem o conteúdo do contrato e dos atos negociais. Por exemplo:

- Toda proposta emitida poderia estipular que, mesmo sendo aceita a proposta pelo seu destinatário, a efetiva vinculação estará condicionada à confirmação pela área de produção de disponibilidade dos produtos e do prazo necessário para fabricação e entrega.
- Os contratos poderiam ter um prazo mínimo de entrega e as vendas ficariam sujeitas a valores previamente definidos em

lista de preços, cujos descontos somente poderiam ser aplicados mediante prévia aprovação da direção da empresa.

Estas condições têm um efeito importante na redução dos custos de transação e de produção. A uniformização do conteúdo das propostas e contratos permite maior previsibilidade e racionalização na utilização dos recursos escassos. Note-se, portanto, que o contrato adquire aqui não apenas a qualidade de um instrumento que regula determinadas relações, mas que se insere no próprio exercício da atividade econômica.

O item seguinte do relatório trata de uma questão importantíssima, o gerenciamento dos riscos assumidos pela empresa. A empresa dedica-se, entre outras atividades, à produção de geradores de energia que podem ter aplicações diversas. Um edifício residencial poderá utilizar-se de geradores para manter funcionando elevadores em caso de falta de eletricidade, da mesma forma que uma usina de produção de açúcar e álcool ou uma usina nuclear pode utilizar-se de geradores para determinadas funções dentro do processo de produção.

Ora, o mau funcionamento de um gerador no edifício residencial poderá causar danos materiais e pessoais para aqueles que o utilizam, porém certamente são danos muito inferiores aos danos emergentes e lucros cessantes de uma unidade industrial. Além disso, os danos de um acidente em uma usina nuclear podem ser incalculáveis e atingir níveis catastróficos. Danos potencialmente causáveis pelo mesmo equipamento, cuja finalidade específica gera riscos bastante distintos.

Neste caso, é natural que o empresário busque reduzir seu nível de exposição ao risco. Um mecanismo natural de proteção é a contratação de seguros, mas, mesmo neste caso, sendo incalculáveis os danos, o valor do prêmio do seguro e de suas franquias pode torná-lo inviável ou comprometer a competitividade da empresa pelo seu alto custo.

Neste caso, o contrato pode exercer um papel essencial no gerenciamento dos riscos ao estipular cláusulas de não indenizar ou de limitação do valor da indenização em caso de danos decorrentes

do cumprimento do contrato ou dos danos causados pelo uso dos produtos (danos decorrentes de defeitos ou de fato do produto). Mais adiante analisaremos a validade de tais cláusulas em relações entre empresas e consumidor.

Note-se, portanto, que estamos predefinindo o conteúdo de um contrato e reduzindo os custos de transação, bem como os custos de seguro e, claro, também os custos de litígios futuros ao estipular condições uniformes de limites ao valor da possível indenização. Esta é uma questão importante porque, sem a cláusula, seria de esperar que o agente racional busque outros mecanismos de proteção, aumentando a margem de lucro em razão dos riscos envolvidos.

Em razão dos problemas indicados acima, um outro efeito colateral pode ser identificado. Os custos dos litígios. Ao vender seus produtos em todo o território nacional, o inadimplemento, o atraso ou cumprimento defeituoso do contrato pode dar origem a ações judiciais promovidas em comarcas as mais diversas. Fato que incentivará o empresário a estipular foro de eleição no local onde exerce sua atividade econômica. Há um benefício óbvio de redução de custos, mas há também um benefício que não pode ser desprezado: a previsibilidade das decisões. A concentrar seus litígios em uma comarca apenas, as sucessivas decisões servirão de parâmetro para a análise de riscos e adoção de medidas uniformes de correção de procedimentos ou de medidas mitigadoras dos riscos.

Temos, portanto, enumeradas algumas das utilidades das condições gerais para contratação, das condições gerais de contrato e do contrato de adesão. Figuras que serão mais bem analisadas adiante. Antes, porém, vamos nos valer de Roppo para sintetizar o que foi dito acima. Ao tratar das restrições da liberdade de contratar, o autor⁹ enumera as seguintes características das contratações sob um modelo *standard*:

- Simplificam e aceleram de maneira radical os processos de contratação;
- Reduzem os custos de contratação (tempo e recursos), designados pela escola de *Law and Economics* como "custos de transação";

- Funcionam como limite e controle da iniciativa e arbítrio dos agentes da empresa;
- Permitem planejamento e coordenação dos processos de contratação;
- Asseguram a correta e racional administração das relações (cumprimento ordenado e tempestivo das obrigações contratuais);
- Contribuem para a prevenção de litígios e permitem maior previsibilidade dos custos e das possíveis decisões proferidas;
- Dão maior controle e planejamento financeiro dos custos de produção, ou seja, servem de racionalização da própria gestão empresarial;
- Possibilitam calcular os riscos envolvidos no exercício da atividade econômica pela inserção de cláusulas que visam excluir (cláusula de não indenizar, nas palavras de Aguiar Dias¹⁰) ou limitar da responsabilidade decorrente da inexecução ou cumprimento imperfeito das obrigações contratuais;

O nosso relatório acima partiu de uma série de problemas, cujas soluções podem ser encontradas de alguma maneira pela criação de contratos padronizados, especialmente úteis quando a contratação se dá em massa e servem para a gestão de uma série indeterminada de contratos. A análise feita a partir desse relatório imaginário é absolutamente consistente com as lições de Roppo e tem por objetivo demonstrar de maneira concreta a lógica e racionalidade econômica desse modo de contratação designado contrato de adesão.

Evidentemente, esta racionalidade econômica encontra limites na racionalidade jurídica. A busca da eficiência, entendida como maximização do lucro, freqüentemente, é susceptível a abusos de tal maneira que a previsibilidade buscada pelo empresário individual poderá gerar uma imprevisibilidade do próprio mercado. Como observa Paula Forgioni, referindo-se à legislação antitruste:

[a] falta de repressão de situações de abuso no mercado pode gerar insegurança e imprevisibilidade, comprometendo igualmente o fluxo das relações econômicas. Por essa razão, impõem-se a legislação antitruste, a repressão ao abuso de dependência econômica e à concorrência desleal, bem como tantas outras normas que visam a azeitar o mercado. O direito existe para subjugar a lógica econômica; se assim não fosse, os efeitos autodestrutivos do mercado colocariam em perigo o seu funcionamento¹¹.

3.3 O contexto em que nasce o contrato de adesão

Sendo o modo, por excelência, pelo qual as operações econômicas ocorrem no mercado, o contrato não poderia deixar de sofrer as inflexões que a economia sofreu nos últimos tempos. Embora este texto não seja dirigido a esse propósito, gostaríamos, apenas, de dirigir o leitor a algumas obras que podem dar o contexto no qual o conceito de contrato de adesão nasceu e se desenvolveu. Há um livro, recentemente traduzido para o português, de Roger Backhouse, sobre a História da Economia Mundial¹², que dá um pano de fundo para esta discussão, tratando-se de um manual bastante conciso, mas muito interessante, da história da economia.

De outro lado, alguns livros tratam de maneira específica a transformação ocorrida nos últimos dois séculos com a criação de um conceito abstrato do *locus* mercado, não mais como um local quase sagrado onde as operações econômicas ocorriam¹³, mas como uma entidade invisível que regula e equilibra as relações entre os agentes econômicos por intermédio de um instrumento poderoso, o Preço¹⁴.

A Revolução Industrial, no entanto, já foi superada e a explicação do contrato de adesão como decorrência necessária da produção e contratação em massa deve ser revista. Ou seja, o agente econômico não necessita de um mecanismo seguro e previsível de contratação apenas porque terá inúmeros contratos a serem celebrados de maneira uniforme. Vivemos, hoje, em uma sociedade

da informação, nas palavras de Castells¹⁵, e que ultrapassa os limites de um dado sistema jurídico. A contratação eletrônica que, por um *click*, nos permite desfrutar de utilidades geradas em qualquer ponto do planeta traz outros desafios para o agente econômico. Não se trata, apenas, de impor um padrão de contratação, mas de estipulação de condições que sobrevivam e sejam válidas sob qualquer sistema jurídico. A chamada globalização cria um novo contexto dentro do qual o contrato de adesão não pode ser reduzido a apenas um instrumento de exercício do poder econômico do monopolista industrial.

Atualmente, a produção se desloca com uma velocidade impressionante para os locais onde os custos são menores. Não é incomum que um fornecedor de bens e serviços tenha agentes integrando a sua cadeia produtiva nos mais diversos locais do planeta. Um equipamento ou um *software* pode ter componentes ou informações fornecidas por inúmeros agentes sujeitos a diversos sistemas jurídicos que podem ou não ser compatíveis. É impossível a negociação de cada cláusula contratual de maneira a contemplar todos os interesses envolvidos. Mais do que nunca a necessidade de padronização e racionalização se faz presente.

Esse fenômeno acrescenta inúmeros riscos, de tal forma que Beck foi bastante feliz ao referir-se a uma nova *risk society*¹⁶. É, portanto, neste novo ambiente que o contrato de adesão exerce sua função econômico-social.

Em sua obra *Contrato de adesão*, o professor Custódio da Piedade Ubaldino Miranda trata do contrato de adesão à luz da autonomia privada¹⁷. Parece-nos, entretanto, que a questão não se coloca, propriamente, como um problema de autonomia da vontade, pois, de um lado, é certo que o aderente não tem o poder de influir no conteúdo do contrato, mas, de outro lado, a necessidade de racionalização da atividade econômica retira, igualmente, do fornecedor a liberdade de definir o conteúdo do contrato. Esta uniformidade de disposições contratuais não é, apenas, o reflexo do exercício do poder econômico, mas também, e talvez principalmente,

o reflexo da necessidade de competir em um mercado globalizado, não mais restrito ao centro de uma poderosa cidade renascentista. Além disso, para que o mercado possa permanecer “azeitado” é preciso que a outra ponta, o consumidor, sinta-se suficientemente protegida para ingressar nessa praça, hoje virtual, das telas de um computador. A defesa do consumidor, da parte mais vulnerável, é essencial para esse propósito, limitando, portanto, a tal autonomia da vontade daquele que estipula o conteúdo do contrato.

Ou seja, o contrato de adesão serve, antes, como um modo de contratação próprio de uma sociedade altamente complexa e globalizada, onde os agentes econômicos ainda buscam, dentro dessa teia, um mínimo de segurança e previsibilidade para as operações econômicas travadas no mercado.

Demonstrada a importância do contrato de adesão, tal como indicada pela avaliação do nosso relatório fictício de auditoria e pelas razões acima, também não restam dúvidas de que esse modo de contratação tem sido a forma de exercício do abuso do poder econômico e que deve ser controlado. O controle sobre esse mecanismo de contratação é parte dos limites e restrições impostas pela lógica jurídica para a contenção das chamadas imperfeições do mercado. A idéia liberal de uma mão invisível que a tudo controla e equilibra há muito se perdeu. Um exemplo bastante simples pode ser observado com o desenvolvimento das leis antitruste no país que representa o ideal capitalista, os Estados Unidos.

Polanyi, já citado em nota de rodapé, observa que estas restrições à atuação do mercado já existiam há muito tempo, ainda que sob a forma de tabus e, na verdade, eram proteções à própria organização econômica.

Embora seja muito obscuro o início do mercado local, podemos afirmar com segurança que, desde o princípio, essa instituição foi cercada por uma série de salvaguardas destinadas a proteger a organização econômica vigente na sociedade de interferência por parte das práticas de mercado. A paz do mercado era garantida ao preço de rituais e cerimônias que restringiam seu

objetivo, enquanto asseguravam sua capacidade de funcionar dentro dos estreitos limites dados¹⁸.

Polanyi demonstra que os rituais de purificação da praça do mercado, quando nela havia algum derramamento de sangue, serviam para manter muito bem limpo o local onde as transações ocorriam. Em um momento histórico em que a peste era uma ameaça, estas medidas profiláticas asseguravam a presença do consumidor. O controle das atividades dos mercadores, embora impusesse a eles algumas restrições, permitia a manutenção da própria atividade econômica. Inexistentes tais cuidados, o mercado sucumbiria pelo medo gerado pela peste na mente do consumidor.

Ora, nos dias de hoje, as medidas de contenção do abuso do poder econômico do fornecedor sobre o vulnerável consumidor moderno não têm outro motivo senão manter esta profilaxia do mercado, mantendo o consumidor seguro de que ao comparecer neste *locus* especial não será molestado por práticas abusivas.

3.4 O conceito de contrato de adesão

Discute-se, às vezes, a pertinência da expressão contratos de adesão, pois essa denominação poderia conduzir à idéia errônea de que existe um tipo contratual de adesão, tal como contrato de compra e venda ou contrato de locação. Melhor seria referir-se a contratos *por* adesão. Neste caso, a partícula **por** ressalta a particularidade real desse fenômeno jurídico, ou seja, estamos diante de um modo de contratação pelo qual uma das partes adere às condições previamente estipuladas pela outra.

Já tivemos a oportunidade de qualificar o contrato como um processo obrigacional, quando estudávamos a responsabilidade pré-contratual. Sendo um processo, tem início por iniciativa de uma das

partes, seja o proponente, seja uma empresa pública ou privada que faz um convite à oferta. Tal como na administração pública, há uma fase interna, pela qual a empresa identifica uma necessidade e estabelece certos parâmetros para a contratação. Embora tais requisitos nem sempre venham a ser revelados à outra parte, eles se integram ao processo de formação do contrato. Por exemplo, uma empresa que esteja comprometida com a responsabilidade social, terá regras para a escolha de seus fornecedores e subcontratados que também estejam comprometidos com esses princípios. Além disso, como já examinado acima, algumas empresas podem definir que os preços somente poderão ter um desconto até determinados níveis ou estipular que nenhum prazo de entrega poderá ser fixado abaixo de um certo período necessário para a produção de seus bens ou serviços.

Note-se que tais *condições* poderão ou não ser declaradas à outra parte. Porém, conhecidas ou não da outra parte, sem dúvida tais requisitos integram o contrato. Poderíamos, então, designar tais *condições* gerais *para* contratação. São gerais, pois se destinam a qualquer operação econômica. Servem para uniformizar os processos de contratação e limitar a ação dos agentes da empresa.

De outro lado, temos as cláusulas que, necessariamente, deverão fazer parte do contrato. Tomemos o caso da cláusula de limitação ou de exoneração de responsabilidade. Esta é uma cláusula que não pode ser ignorada pela outra parte. O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor estipula que são nulas as cláusulas que limitam a responsabilidade do fornecedor e que somente podem ser estipuladas em relação de consumo entre empresas em casos justificáveis. Sendo assim, esta *condição*, sendo aplicável, não pode figurar como condição geral para contratação, mas deve ser uma condição geral de contrato, sendo devidamente declarada à outra parte.

Desta maneira, podemos identificar determinadas condições para que o contrato exista e outras condições que são predeterminadas por uma parte e que devem ser aceitas pela outra parte, ainda que mediante adesão.

Ainda cuidando da linguagem, tais condições são, freqüentemente, designadas condições gerais de contrato. Porém, temos um problema de linguagem, pois a palavra condição tem um sentido técnico jurídico de fato futuro e incerto, sendo inadequada a utilização da expressão condição. Assim, teríamos a expressão "cláusulas gerais" como sendo a que melhor reflete a realidade. Esta expressão, no entanto, também adquiriu sentido próprio. Quando, hoje, nos referimos a cláusulas gerais, o intérprete imediatamente pensa naquela técnica legislativa de cuidar dos fenômenos jurídicos mediante a aplicação de cláusulas gerais de conteúdo indeterminado, como a boa-fé, a função social, o equilíbrio econômico financeiro ou expressões de razoabilidade e de "Best efforts". Comportamentos esperados e que somente são definidos a partir do caso concreto que lhe dá determinação de conteúdo.

Dessa maneira, a solução portuguesa, proposta por Menezes Cordeiro¹⁹, parece bastante oportuna, designando tais cláusulas predispostas unilateralmente como cláusulas contratuais gerais. Porém, seja como condições gerais de contrato, seja como cláusulas contratuais gerais, estamos nos referindo a um mesmo fato econômico: a predisposição de cláusulas contratuais às quais uma parte simplesmente a elas adere.

Feitas estas distinções, é possível verificar a existência de certas condições que integram o contrato, mas não são conhecidas da outra parte, como condições gerais para a contratação e outras que, necessariamente, integram o programa contratual como condições gerais de contrato. Uma empresa pode manter cláusulas padrão ou minutas padrão a serem discutidas com a outra parte, porém, o nível de rigidez poderá determinar que o contrato somente se formará mediante a pura e simples adesão a essas cláusulas predispostas. Quando isso ocorre, estamos diante de um contrato por adesão. Portanto, o contrato de adesão ou o contrato por adesão somente terá relevância jurídica quando há um modo específico de formação do contrato, qual seja, mediante a adesão às cláusulas predispostas.

Em síntese, o contrato por adesão não se confunde com o regimento pré-estipulado, pois o contrato por adesão é,

efetivamente, uma operação econômica que se realiza com a adesão às condições predispostas. Uma empresa pode criar as mais brilhantes minutas-padrão, porém nenhuma delas será um contrato por adesão se não houver uma operação econômica que dê vida a tais condições gerais, ou, como dizem os portugueses, a tais cláusulas contratuais gerais.

A qualificação do contrato de adesão como um contrato já foi sujeita a uma série de controvérsias. Alguns autores acentuavam o caráter normativo dessa forma de contratação, dando destaque ao poder do estipulante de criar normas que seriam aceitas por um número indeterminado de futuros contratantes. Nesse sentido, o contrato, e de maneira especial o contrato de adesão, decorreria de uma forma de delegação do Estado ao particular para a criação de normas jurídicas. Betti já se encarregou de desfazer o equívoco ao observar que o particular não cria a norma jurídica, mas realiza no terreno social a *fattispecie* descrita na lei.

[b]em longe de se fundar numa delegação de poderes, numa investidura do alto, a competência dispositiva dos particulares deriva do facto de que ordem jurídica reconhece e sanciona uma autonomia, que os próprios particulares já executam no terreno social, nas relações entre eles²⁰.

Em outras palavras, fica afastada a teoria normativista, como se o negócio jurídico, seja ele um contrato paritário, livremente negociado, seja um contrato de adesão, fosse resultado de uma delegação do Estado ao particular para a criação de normas jurídicas.

Também não podemos confundir a idéia de um contrato de adesão como um tipo contratual, como é a compra e venda ou a locação. O contrato de adesão é antes uma forma ou um mecanismo de contratação inserido dentro do contexto descrito no item anterior. Ou seja, uma compra e venda, uma locação ou um contrato de

seguro podem formar-se a partir de um procedimento pelo qual uma das partes simplesmente adere às condições unilateralmente estipuladas pela outra parte.

Os autores modernos têm dado especial ênfase e definem o contrato de adesão dentro das relações de consumo. Cláudia Lima Marques, por exemplo, define o contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual e economicamente mais forte (fornecedor), *ne variatur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”²¹. Esta é uma definição que, no entanto, é bastante limitadora do alcance e da função dos contratos de adesão nas transações do mercado. Ao adquirir um equipamento ou um *software* a ser utilizado no exercício de uma atividade econômica, uma empresa não retira tal bem do mercado, mas o incorpora aos seus meios de produção para sua atuação no mercado.

Dessa maneira, um contrato de licenciamento de *software* ou compra de um equipamento em que o fornecedor dispõe de uma minuta padrão à qual a outra parte simplesmente adere não descaracteriza o contrato de adesão pela simples razão de não se tratar de uma relação de consumo. Alguns autores, talvez presos ao conceito clássico liberal de contrato, entendem que o contrato de adesão perdeu sua natureza contratual ao excluir a livre negociação entre as partes. É preciso acabar com o mito da livre negociação. Em maior ou menor medida, todo contratante está limitado pela necessidade que tem do objeto a ser contratado. Estes críticos do contrato de adesão não podem deixar de reconhecer que, em maior ou menor medida, todo contratante tem algo em jogo ao contratar. Podemos tomar uma linha imaginária em que esta liberdade chega ao seu limite máximo de exercício total de poder econômico até o outro extremo em que a vulnerabilidade é total, sem resquício algum da chamada autonomia da vontade.

Esta fixação no conceito da autonomia da vontade, entretanto, não deve prosperar. Podemos mudar a definição de contrato, porém

o fenômeno social permanece existente como uma operação econômica, nas palavras de Roppo²². Aliás, o professor Antonio Junqueira de Azevedo já demonstrou que a vontade não é elemento integrante e necessário do negócio jurídico (categoria abstrata sob a qual se encontram os contratos)²³, pois a conversão substancial do negócio jurídico demonstra que, embora um sujeito possa querer praticar determinado negócio jurídico, este poderá manter sua validade sob outra figura jurídica. Exemplo bastante simples é a conversão do endosso de título vencido em cessão de crédito. Neste caso, a vontade individual é absolutamente irrelevante, mantendo-se os efeitos determinados pela lei.

Se a vontade não é elemento necessariamente presente em um negócio jurídico, sem que isso o descaracterize como um negócio jurídico, valendo, na verdade, o seu aspecto estrutural de declaração de uma vontade que não, necessariamente, confunde-se com a vontade individual propriamente dita, o mesmo parece verdadeiro em relação aos contratos. Aliás, a própria noção de contrato é bastante problemática, pois enquanto o definimos como um acordo de vontades, os juristas da tradição da *common law* o caracterizam como uma *enforceable promise*. Nesse sentido, alguém, mesmo não desejando um acordo, poderá ver-se obrigado a cumprir determinada promessa quando esta gera no outro a confiança de que um comportamento futuro será adotado pela outra parte.

Seguindo por este caminho, entendemos que o contrato deve ser caracterizado mais pelo reconhecimento social de sua existência como fenômeno econômico do que por sua definição a partir do critério da autonomia da vontade. Conceito que mais se aproxima da idéia de operação econômica do que de uma definição abstrata de contrato como o acordo de vontades que tem como finalidade a criação, modificação ou extinção de relação jurídica de conteúdo patrimonial. Definição decorada nos bancos da faculdade, mas que nada explica para a solução dos problemas que a prática negocial traz aos agentes econômicos e aos (resisto a esta expressão, mas é inevitável) operadores do direito.

Em síntese, tendo total dependência ao assinar um contrato ou podendo estipular cláusulas a serem inseridas em um formulário, as partes não deixam de praticar operações socialmente reconhecidas como operações econômicas que merecem o nome de contrato. Com um maior ou menor grau de *autonomia*, estas operações econômicas serão sempre contratos. Como Gilmore²⁴, podemos decretar a morte dos contratos, daquele contrato liberal idealizado e nunca existente, porém temos que bradar “o contrato morreu, viva o contrato”, pois nunca se contratou como na sociedade da “informação globalizada”. Na verdade, vivemos em uma era de exacerbação dos contratos, pois o contrato também se transformou em uma mercadoria sujeita à contratação, quando compramos e vendemos opções ou posições contratuais disponíveis no mercado.

Filiamo-nos, portanto, à corrente contratualista. O contrato por adesão ou de adesão é aquele que se aperfeiçoa por um mecanismo específico, que pode não caber nos estreitos limites do conceito clássico de contrato, não deixando, entretanto, de ser um verdadeiro contrato.

Aceita sua natureza contratual e entendido como um modo particular de contratação, a definição mais adequada desse fenômeno social e econômico pode ser encontrada em Ricardo Lorenzetti, no seu **Tratado de los contratos**²⁵: “el contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas”.

3.5 A proteção legal

É natural que, diante da necessidade de contratar, um consumidor não se sinta motivado a discutir extensivamente o conteúdo de um contrato. Além disso, este consumidor talvez contrate apenas uma vez e se submeta a condições que podem ou não se verificar durante a execução do contrato. A compra de um

produto que lhe custa R\$100,00 não o motiva a discutir uma cláusula inserida em um contrato que exclui a responsabilidade do fornecedor pelos lucros cessantes ou por danos indiretos decorrentes do uso do produto ou do serviço. Conceitos para ele estranhos e que, diante do valor da compra, não o motiva consultar um advogado quanto aos efeitos e alcance desta regra. Nem ao menos vale o investimento na compra de um exemplar do Código Civil cujos termos dos arts. 402 e 403, desde Poithier, suscitam ainda debates quanto à sua interpretação.

De outro lado, o fornecedor que realiza milhares de transações de R\$100,00 certamente preocupa-se com o efeito que poderá ter o *recall* de centenas de produtos. Nesse sentido, o investimento em definir claramente a extensão de sua responsabilidade contratual vale cada centavo expendido na redação do contrato. Esta condição, por si só, coloca o consumidor em uma posição de vulnerabilidade. Como não faz sentido econômico, para o consumidor, investir na negociação, a outra parte terá o incentivo de predefinir as condições contratuais da maneira que lhe parecer mais favorável. Esta assimetria poderá gerar abusos que não podem ser tolerados pelo direito. Portanto, esta assimetria não se coloca, apenas, na oposição forte e fraco, mas de um condição fática que, por si própria, exige um cuidado especial. Há um trecho bastante interessante da obra *The German law of contract* que diz o seguinte, em uma tradução livre:

[a] razão para interferir nos contratos no caso de contratos *Standards* diz-se que não está no abuso em sua imposição – não é uma questão do pequeno homem *versus* uma grande corporação – mas, antes, no fato de que as partes provavelmente não deverão negociar em detalhes os seus termos e condições em cada e todo caso. Com efeito, isto contradiria o propósito mesmo de utilizarmos contratos *standard*. Então, economizar nos custos de transação é um incentivo forte, ainda que para um consumidor que detenha posição forte no mercado, para aceitar condições *standard* seja qual for seu conteúdo²⁶.

Há necessidade, portanto, de um controle que assegure o equilíbrio entre a necessária proteção do consumidor e o incentivo ao empresário em continuar no mercado provendo utilidades, produtos e serviços desejados pelo consumidor. Não se trata de manter um paternalismo contratual, mas de assegurar um nível de proteção que mantenha o consumidor estimulado a ir ao mercado e consumir, sabendo que terá uma proteção mínima assegurada. Do contrário, o consumidor teria uma atitude de precaução que inibiria o consumo, o que, evidentemente, é indesejado seja pelo empresário, seja pelo próprio consumidor. Em outras palavras, a proteção é desejável para o mercado, ainda que um empresário, em particular, sinta-se restringido em seu poder de ação.

Esta proteção se dá de diversas maneiras: a proteção assegurada pela lei (proteção material e formal), pelas entidades privadas e governamentais de proteção ao consumidor, pelo Poder Judiciário e, em certa medida, pelo próprio mercado. Aliás, teoricamente, o próprio mercado deveria ser a fonte da proteção, na medida em que o consumidor, naturalmente, deveria buscar fornecedores que lhe assegurassem maior segurança. O preço seria o balizador dessa proteção. Existem, no entanto, imperfeições do mercado que não se resolvem pela *mão invisível*.

Em primeiro lugar, temos que observar que certas utilidades têm características de essencialidade que tiram do consumidor a liberdade de contratar ou não contratar. Além disso, estas utilidades essenciais, como têm certo caráter de universalização, ou seja, devem atingir a toda a população, demandam investimentos muito altos e, conseqüentemente, provocam o chamado monopólio natural ou, pelo menos, concentração do mercado (como, por exemplo, distribuição e transmissão de energia elétrica, telecomunicações, serviços de transporte coletivo etc.).

Em segundo lugar, outras atividades seguem um padrão de concentração quando demandam investimentos em desenvolvimento de produtos, como é o caso de produtos de informática e de alta

tecnologia, que, além da concentração do mercado, envolvem um estado de sujeição do consumidor que não tem o mesmo nível de conhecimento tecnológico do fornecedor.

Em terceiro lugar, não podemos deixar de lado o poder da publicidade. Celso Loducca, o brilhante e premiado publicitário, em uma aula na Fundação Getulio Vargas (no curso de contratos do *GVlaw*), afirmou que os publicitários *amam* os consumidores, tudo fazem para atrair sua *afeição* e, nesse sentido, buscam agradá-los para atraí-los ao consumo dos produtos anunciados. Há, portanto, um apelo emocional.

Esta afirmação de Loducca é consistente com as observações da Professora Cláudia Lima Marques quando se refere ao caráter irracional do pós-modernismo, caracterizado pela despersonalização do contrato²⁷. Este apelo à emoção, de maneira paradoxal, intensifica-se nas relações travadas na Internet. Citando Irti²⁸, Cláudia Lima escreve o seguinte: “[o]s contratos concluídos por meio eletrônico seriam contratos ‘em silêncio’ ou ‘sem diálogo’ (expressão de Irti) conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem”. E mais adiante: “[a] verdade é que o consumidor ficou desprovido da possibilidade de ‘dialogar’ com o fornecedor ou seu vendedor sobre suas necessidades e desejos por esta nova forma de ‘negociação unilateral’ em silêncio e visual”.

Sendo tudo automatizado, era de esperar que, afastado o “diálogo”, as relações se tornassem mais racionais, no sentido de que a busca pelos produtos fosse guiada pelo simples ato de “clicar” uma opção no menu oferecido pelo fornecedor.

Paradoxalmente, não agimos assim. Colocamo-nos diante da vulnerabilidade de uma rede globalizada que pode ser acessada por qualquer cidadão em sua residência. A Professora Cláudia Lima Marques, em sua aula magnífica na Fundação Getulio Vargas (também no curso de contratos do *GVlaw*), expôs os paradoxos da sociedade pós-moderna. Demonstrou que, mais que um ser racional, nos envolvemos emocionalmente nas relações jurídicas. Embora exista uma despersonalização das relações (máquina que conversa

com máquina), estamos expostos em nossas casas aos perigos de um mundo virtual. Em sua aula, Cláudia Lima Marques demonstrou, teoricamente, toda a evidência da vulnerabilidade do consumidor diante da Internet e a necessidade de uma proteção mais clara e efetiva diante de fenômenos tão recentes.

Adotando um tom mais pessoal, permito-me usar a primeira pessoa para descrever uma experiência virtual. Na mesma noite em que participei de tal debate, resolvi comprar alguns livros pela Internet. Logo que entrei no *site*, uma mensagem me deu boas-vindas usando meu nome. Em seguida, outra mensagem me lembrou das últimas compras que fiz e que outros "internautas", que compraram o mesmo livro, também compraram outros livros igualmente interessantes. Além disso, enquanto navegava, uma nova mensagem me recordou o último CD que comprei, Winton Marsalis acompanhando Kathleen Battle, e que talvez eu apreciasse outro CD de Winton Marsalis tocando música clássica com seu trompete. Resumo da ópera, adquiri mais três livros e dois CDs. Finalmente saio do *site*, não sem antes receber uma simpática mensagem agradecendo minha visita. É como se, do outro lado da tela, existisse alguém que gosta de nós, que conhece nossos gostos e quer nos agradar oferecendo produtos tão conformes a eles. Há uma vulnerabilidade que é mais do que econômica. Uma máquina nos sujeita aos nossos próprios desejos. Atitude absolutamente irracional, pois não pretendia adquirir nenhum daqueles livros ou CDs. Senti a demonstração viva da irracionalidade e impessoalidade do mundo pós-moderno, tal como descrito por Cláudia Lima Marques. Afinal, meu sentimento (e não minha razão) era o de que alguém do outro lado do computador gostava de mim, pois conhecia meus gostos e desejos. Nunca me senti tão vulnerável!

A questão é: devo ser protegido de meus próprios desejos?

Sem dúvida. Quando criamos regras, nós as criamos para, livremente, limitarmos nossa liberdade. A circunstância descrita acima descreve uma relação jurídica especial. Do ponto de vista do Código do Consumidor, podemos nos referir a uma venda especial, feita fora do estabelecimento do vendedor. Trata-se de circunstância

diversa do consumidor que se dirige a um estabelecimento comercial em determinado endereço. Quando vamos a uma loja, temos a oportunidade de visitar outras e decidir pela melhor barganha. Vemos pessoalmente o produto, analisamos suas qualidades e, em certa medida, acreditamos no que nos é dito pelos vendedores. Temos, no entanto, a possibilidade de confrontar as informações que nos são dadas com nossas próprias impressões. Pela Internet, temos uma promessa e esta promessa precisa ser mantida.

Vejamos a mesma circunstância por outro ângulo. Uma pequena empresa que vende *posters* antigos de cinema americano e europeu. Um colecionador, aficionado por cinema, decide vender seu acervo. Embora tenha suas relíquias disponíveis para o mundo, via Internet, não pode avaliar o crédito ou as condições de seus possíveis compradores. Neste caso, a vulnerabilidade pode estar do lado de quem vende. Aliás, seria razoável supor que o vendedor desejasse definir certas condições gerais para que a venda fosse realizada.

Da mesma maneira, podemos imaginar que um pequeno empresário decida vender serviços para a organização de festas pela Internet. Ninguém é conhecido. Como fazer isso? Certamente, definindo condições gerais, usuais no mercado, para que qualquer interessado possa aderir. Há monopólio? Quem está mais vulnerável: quem busca ou quem oferece os serviços? É razoável estipular condições gerais quando não se sabe quem será o contratante?

Os exemplos acima servem para demonstrar que, no mundo em quem vivemos, não há mais que falar em contratos por adesão somente em um cenário de monopólio e poder econômico.

Porém, ainda que decorrentes do cenário anterior ou de monopólio e abuso de poder, permanecem válidos alguns princípios relativos aos contratos por adesão. O primeiro deles cuida da cognoscibilidade, ou seja, a capacidade de o consumidor tomar conhecimento das condições às quais adere. O segundo é o princípio da proteção do consumidor, diante de condições injustas ou abusivas.

Na análise econômica do direito, é comum os autores se referirem à assimetria de informação. Esta é uma condição que vale para qualquer negócio, seja ele paritário, seja de consumo. É sabido que todo vendedor conhece melhor as qualidades da coisa que vende do que o comprador. Ora, quando um fornecedor declara as qualidades da coisa e pré-estipula as condições que sobre ela recaem, é, igualmente, razoável que a interpretação de tais condições seja feita contra quem as estipulou. Portanto, além das condições consideradas nulas pelo legislador, o contrato por adesão exige a aplicação da regra de interpretação *contra stipulatorem*. Esta, aliás, é uma boa regra, pois, se o direito deve estimular a eficiência, criando incentivo para comportamentos adequados, é razoável supor que terá a responsabilidade pela ambigüidade aquele que a gerou. Em outras palavras, será mais barato ser claro na redação de um contrato do que deixar a definição para um litígio.

Note-se, portanto, que a regra de interpretação que protege o consumidor contra quem estipulou o contrato não é apenas uma regra paternalista, mas uma regra justa e correta, inclusive sob o ponto de vista econômico e da eficiência das relações, pois exige que aquele que estipula as regras seja claro ao fazê-las, uma vez que detém um conhecimento maior sobre o bem ou serviço que oferece ao mercado. Há um estímulo claro a um maior nível de informação ao consumidor, o que é, absolutamente, desejável para o próprio mercado.

As regras de proteção ao consumidor não se limitam à interpretação mais favorável. Existem requisitos formais para que a informação seja dada. Por exemplo, informações que, de alguma forma, restrinjam a responsabilidade do fornecedor devem ser declaradas de maneira evidente, seja em letras maiúsculas ou em negrito. Exigência que, em certa medida, protege o princípio da autonomia da vontade, pois parte do pressuposto de que a vontade daquele que adere é consciente dos seus efeitos.

Esta proteção formal, no entanto, é insuficiente, pois a necessidade de obtenção da utilidade do produto ou serviço pode ser maior do que a capacidade de declarar autonomamente a

vontade em submeter-se a uma restrição imposta por uma das partes. No caso de bens ou serviços fornecidos por agente monopolista, a submissão a determinadas condições pode não refletir uma aceitação consciente de um risco alocado pelo fornecedor de maneira unilateral. Neste caso, podemos notar, claramente, que o consumidor não tem alternativa e a contratação decorre não de uma manifestação consciente de vontade, mas de uma necessidade inafastável de obtenção do bem ou serviço desejado. Dessa maneira, o direito não assegura, apenas, a proteção formal de dar ao consumidor o conhecimento dos efeitos de sua declaração de vontade, mas deve proteger o consumidor de práticas abusivas. Nesta perspectiva, não basta ao consumidor a proteção da interpretação contra o estipulante e a exigência de destaque das condições restritivas da responsabilidade do fornecedor, é preciso mais do que isso. É preciso invalidar certas condições consideradas socialmente como abusivas. Estas cláusulas abusivas são examinadas em capítulo específico deste livro, mas, tratando-se de contratos por adesão, é importante ressaltar que o controle sobre tais cláusulas e práticas abusivas torna-se ainda mais relevante. Afinal, nos contratos por adesão, o aderente perde, totalmente, sua capacidade de determinação e influência sobre o conteúdo do contrato.

3.6 Conclusão

Concluindo, podemos observar o seguinte:

Embora no início deste artigo tenhamos buscado demonstrar, de um lado, a importância e eficiência que têm os contratos por adesão no mundo dos negócios, de outro lado, esta eficiência não pode ser posta a serviço do fornecedor que abusa do seu direito de organizar eficientemente sua atividade econômica. Além disso, buscamos demonstrar que, em relações de consumo, esta proteção não tem caráter exclusivamente paternalista, como se o consumidor fosse sempre um indefeso agente econômico, mas que esta proteção

interessa ao próprio mercado, pois, entre um sistema jurídico sem qualquer proteção ao consumidor e outro sistema que lhe dê a proteção adequada, será sempre mais estimulante o consumo naqueles sistemas que asseguram ao consumidor a proteção contra o abuso econômico. Nesses termos, a proteção ao consumidor servirá sempre ao estímulo do consumo, o que é do interesse do consumidor, que terá atendidas suas necessidades, e também do fornecedor que se verá atuando em um ambiente de estímulo ao consumo e ao desenvolvimento dos negócios e do mercado.

Celso Loducca, de maneira provocativa, afirmou que os publicitários amam os consumidores e querem agradá-los e atraí-los ao consumo dos produtos que anunciam. Ao mesmo tempo afirmou que é opinião corrente entre os publicitários e fornecedores sérios de que o Código de Defesa do Consumidor foi um avanço incrível para o mercado, pois, a partir de sua edição, a regra do jogo passou a ser conhecida de todos e o custo de respeitar os direitos do consumidor deixou de ser exclusividade de poucos, mas exigência para todos aqueles que devem, de maneira responsável, participar do mercado.

Alguns representantes extremistas da liberdade do mercado poderiam alegar que tais normas poderiam ser alcançadas pelo equilíbrio do próprio mercado. Afirmações que preferimos não contestar pela realidade do próprio mercado imperfeito que os economistas muito já discutiram. Neste país, muito se diz sobre leis que pegam e outras que não pegam. A eficácia real do Código do Consumidor demonstra à saciedade que o país está disposto a pagar o custo de assegurar um mercado minimamente seguro para todos os consumidores e o controle dos contratos por adesão faz parte deste custo necessário à expansão e ao desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não indenizar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BACKHOUSE, Roger. **História da economia mundial**. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. London: Sage Publications, 2005.

BETTI, Emilio. **Teoría general de negocio jurídico**. Trad. A. Martin Perez. Granada: Editorial Comares, 2000.

CASTELLS, Manuels. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FERNANDES, Wanderley (Coord). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 205 e s.

FORGIONI, Paula Andrea. Interpretação dos negócios empresariais. *In*: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2. ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of Contract**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.

LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**: parte general. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. 4. tir. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Coimbra: Almedina, 2005. t. 1.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Amedina, 1988.

[1](#) ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Amedina, 1988. p. 311- 318.

[2](#) Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

[3](#) GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-23.

[4](#) Esta expressão é comumente, e de maneira adequada, utilizada pela Professora Paula Forgioni em seus cursos de pós-graduação, dos quais o autor teve a oportunidade de participar como aluno, bem como em suas publicações.

[5](#) O documento transcrito abaixo é mera ficção e serve, exclusivamente, a propósitos didáticos. Qualquer semelhança a fatos reais é mera coincidência.

[6](#) FERNANDES, Wanderley (Coord). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 205 e s.

[7](#) COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

[8](#) MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 4. tir. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 4.

[9](#) ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 311 e s.

[10](#) AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

[11](#) FORGIONI, Paula Andrea. Interpretação dos negócios empresariais. *In*: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

[12](#) BACKHOUSE, Roger. **História da economia mundial**. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

[13](#) Karl Polanyi, citando Thurnwalda, descreve um aspecto curioso deste aspecto sagrado do mercado: "O mercado deve ser visitado regularmente nos dias de mercado. Se qualquer ocorrência impedir a abertura do mercado por alguns dias, os negócios não serão retomados até que a praça do mercado tenha sido purificada. Qualquer ocorrência na praça que envolva derramamento de sangue exige imediata expiação. A partir desse momento não é permitido a qualquer mulher abandonar a praça do mercado, e nenhuma mercadoria pode ser tocada; tudo tem que ser muito bem limpo antes de ser levado para fora e usado como alimento. Pelo menos um bode tem que ser sacrificado imediatamente. Se uma mulher der à luz ou abortar na praça do mercado, é necessária uma expiação mais séria e mais dispendiosa. Nesse caso, é necessário o sacrifício de um animal leiteiro. Além disso, o ambiente doméstico do chefe tem que ser purificado com o sangue de

uma vaca leiteira. Todas as mulheres do campo têm que ser aspergidas, distrito por distrito”(POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época.** Rio de Janeiro: Campus, 1980. p. 83).

[14](#) Nesse sentido, alguns autores podem ser citados: GALBRAITH, John Kenneth. **O novo Estado industrial.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1985 e **American capitalism: the concept of countervailing power.** 2. ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1957; NORTH, Douglas. **The rise of the Western World: a new economic History.** Cambridge: Cambridge University, 1973; POLANYI, Karl, *op. cit.*; ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico: história da idéia de mercado.** Trad. Antônio Penalves Rocha. Bauru: Edusc, 2002.

[15](#) CASTELLS, Manuels. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura.** São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

[16](#) BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity.** London: Sage Publications, 2005.

[17](#) MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão.** São Paulo: Atlas, 2002.

[18](#) POLANYI, Karl, *op. cit.*, p. 82.

[19](#) MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de direito civil português: Parte geral.** Coimbra: Almedina, 2005. t. I.

[20](#) O trecho citado é tradução livre do texto publicado em espanhol. BETTI, Emilio. **Teoría general de negocio jurídico.** Trad. A. Martin Perez. Granada: Editorial Comares, 2000.

[21](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

[22](#) ROPPO, Enzo, *op. cit.*, p. 8.

[23](#) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p.12.

[24](#) GILMORE, Grant. **The death of contract.** 2. ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

[25](#) LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos: parte general.** Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004. p. 680-681.

[26](#) O texto original em inglês: “The reason for interfering with the contract in the case of standard terms is said to be an abuse of any kind in imposing them – not a question of the little man versus the big concern – but rather that the parties are not likely to negotiate the details of standard terms in each and every case. Indeed, this would contradict the very purpose of using standard terms. Thus, saving transaction costs is a strong incentive, even for a customer in a strong market position, to accept standard term whatever their content” (JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German law of contract**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 163).

[27](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

[28](#) MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 66.

4 CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UM EXEMPLO DE DIRIGISMO CONTRATUAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Eneas de Oliveira Matos

Coordenador e professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; LL.M. – Master in Law and Economics pela Universidade de Hamburgo, Alemanha; doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; advogado em São Paulo.

4.1 Introdução

Não há como adentrar o tema das cláusulas abusivas sem antes tratar da teoria que lhes dá sustentação: o dirigismo contratual, nova teoria do negócio jurídico, esse não visto mais como o império da autonomia das vontades das partes¹.

Com certeza o negócio jurídico é o instituto jurídico que mais sofreu alterações nos últimos séculos na ciência do direito e isto não sem razão, uma vez que sua forma instrumentalizadora mais comum – o contrato – sofreu fortes mutações em seu conceito e em seus princípios norteadores.

Assim, partimos de uma noção tipicamente liberal, pós-Revolução Francesa, caracterizada pela extrema liberdade, sendo o contrato a afirmação dessa liberdade. Segundo esta noção, as partes podem livremente dispor sobre o que desejarem, sob o baluarte do princípio da autonomia das vontades. No entanto, a partir do século XX,

notadamente após a Primeira Guerra, verificou-se um resgate de valores humanos e sociais, com os quais Josserand caracterizou o “dirigismo contratual”, fenômeno em que o Estado intervém nos contratos concluídos ou não, dizendo seu conteúdo, objeto e efeitos de forma impositiva e por meio de lei, sendo que as partes passam a pactuar dessa forma para evitar sanções legais, mormente de nulidade².

Tal intervenção vem consubstanciada no texto maior jurídico, a Constituição, por razão teórica e prática.

A razão teórica é que a Constituição deve refletir os anseios da sociedade³ e é um texto que abarca mais o dinamismo dessa, sendo, assim, dotado de maior atualidade do que qualquer outro. Dessa forma, o que a sociedade desejaria é uma maior proteção diante do que o contrato se transformou: a opressão do mais forte sob o pálio da autonomia das vontades⁴. Esse fato levou Cunha Barreto a dizer que:

Constata-se que a autonomia da vontade foi em todos os tempos quase uma fantasia. A vontade do mais forte sempre predominou à sombra do liberalismo jurídico. O intervencionismo bem compreendido vem curar o velho mal. A disciplina do fator econômico impunha, há muito, essa regulamentação⁵.

A razão prática é que se todas as outras normas – infraconstitucionais – retiram seu fundamento de validade na Constituição, devendo obedecê-la sob pena de serem retiradas do sistema⁶, maior eficiência será dada ao ordenamento para seus fins colimados⁷, dotando todo o bojo de normas em um só sentido se o seu vértice – a Constituição – apontar para um só sentido, sob pena de inconstitucionalidade.

Esse encaminhamento da matéria traz à baila a noção de que todas as normas, independentemente de sua natureza⁸, devem ser

aplicadas nos termos do *princípio da interpretação conforme a Constituição*⁹, aqui adotado como conjunto de princípios e valores que devem guiar o aplicador do direito em todos os seus instantes, pelo que o direito moderno não subsiste sem essa idéia, notoriamente contrária à polarização do direito público e direito privado¹⁰.

Outro aspecto da tutela constitucional da autonomia privada, que não se dá somente pela tutela da livre-iniciativa e da propriedade¹¹, previstas nas constituições modernas com vistas a sua funcionalização social¹², é, portanto, o tratamento direto, pela Constituição, de matérias antes consideradas notoriamente infra-constitucionais. Mormente o direito civil, pela sua natureza de ramo do direito mais importante no regramento das situações rotineiras da sociedade, vem se transformando em tendência no direito comparado¹³.

Desta feita, chegamos ao atual estágio do direito: a Constituição como vértice do aplicador do direito e, no espectro do presente estudo, como reguladora da intervenção estatal nos contratos, derrocando-se por todas as diferenças de direito público e privado, notando-se uma incessante publicização do privado¹⁴ e uma publicização do contrato¹⁵, tendo em vista fundamentos de maior proteção às partes contratantes, coadunando-se com os fins da sociedade¹⁶.

Assim sendo, analisaremos no presente estudo a evolução do conceito de liberdade contratual, como um dos pilares da teoria do contrato, até a sua derrocada com o dirigismo contratual.

Após, analisaremos de que forma se dá o dirigismo contratual no seu mister de limitação da liberdade contratual.

Seguindo, procuraremos sistematizar de que forma se dá tal intervenção estatal na autonomia das vontades e na liberdade contratual, enfocando o direito positivo brasileiro, notadamente, no caso considerado pela doutrina como o mais claro de dirigismo contratual no sistema pátrio: o controle das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor.

Acentuaremos o conceito de função social do contrato, reflexo moderno do processo conhecido como da funcionalização dos institutos de direito privado.

E, por fim, teceremos conclusões à guisa de retomada dos conceitos esboçados no curso do presente estudo.

4.2 Do conceito amplo de liberdade contratual até a sua decadência e o dirigismo contratual

Antes de adentrarmos a evolução da *liberdade contratual* – *Gestaltungsfreiheit*, mister delinear o seu tratamento, qual difere da *liberdade de contratar* – *Abschlussfreiheit*.

“*Liberdade de contratar* é a liberdade para que qualquer pessoa contrate com quem desejar, ou seja, é liberdade de escolha das partes”, e não há dúvida que paire sobre a sua verdade, como corolário da liberdade da pessoa humana¹⁷.

Já a *liberdade contratual*, esta sim vem sofrendo os embates da modernidade, impingindo-a de certas limitações, pelo que “pode ser definida como a liberdade de dispor sobre o conteúdo e interesses das partes, clausulando-os ao alvitre das partes”¹⁸.

A liberdade contratual, encarando-a como o fundamento da autonomia privada, reveste-se, segundo Orlando Gomes, das seguintes formas:

- 1) a *liberdade de contratar ou deixar de contratar*;
- 2) a *liberdade de negociar e determinar o conteúdo do contrato*;
- 3) a *liberdade de celebrar contratos atípicos*;
- 4) a *liberdade de escolher o outro contratante*;

5) a liberdade de modificar o esquema legal do contrato;

6) a liberdade de agir por meio de substitutos;

7) a liberdade de forma¹⁹.

Delineados os conceitos de liberdade de contratar e liberdade contratual, mister acentuar que o modelo clássico de contrato, consubstanciado no auge do Estado Liberal, pós-Revolução Francesa, ensaiava seu regulamento do tráfico jurídico com fulcro na *liberdade contratual plena e sem limites*, pelo que o Estado deveria permanecer como mero espectador da realidade jurídica.

Outrossim, tal ideário tinha como fundamento a noção de direito subjetivo imperante da sociedade e da filosofia do individualismo presente à época²⁰.

A plena liberdade contratual, típica dos séculos XVIII e XIX, era o primado da autonomia das vontades, definida por Léon Duguit como o poder de criar, por um ato de vontade, uma situação de direito²¹, consubstanciada, principalmente, no princípio de igualdade das partes, pelo que as partes deveriam livremente dispor de seus interesses, sem a intervenção estatal ou outra qualquer, para se evitar possível desequilíbrio²².

Com o tempo, foi-se observando que o contrato sofreu desenvolvimento *seja de ordem quantitativa*, a) pela multiplicação de novos tipos contratuais, tendo em vista as novas necessidades da sociedade moderna; b) pela formalidade, com a substituição da regra da consensualidade pela da solenidade; e c) por novas técnicas, como os contratos de adesão e em série; *seja de ordem qualitativa*, a) pela ampliação do conteúdo obrigacional, abrangendo terceiros, como nos contratos coletivos; e b) pela obrigação de garantia, considerada ínsita e absoluta em uma série de contratos, com vistas à exigência de boa-fé e equidade, bem como de possibilitar maior facilidade da vítima em casos de

inadimplemento e reparação pelos danos causados, como no caso do contrato de transporte²³.

Outras manifestações novas nos contratos podem ser aclaradas não só pela aparição de novas figuras contratuais, como já assinalado, mas também pela “estandardização” do contrato e o declínio do princípio da autonomia das vontades; pela ampliação e desenvolvimento do conteúdo obrigatório dos contratos; pela atenuação da força obrigatória – *pacta sunt servanda*, uma vez que ensejam intervenção estatal a qualquer instante a bem da ordem pública, derrogando a livre e obrigatória pactuação entre as partes; pela crescente intervenção do Poder Público, seja por meio de comandos legislativos, seja por meio da atuação controladora realizada pelo Judiciário; e pela constituição de um direito de classe, bastando lembrar os contratos coletivos, resultado de negociações entre entidades representativas dos contratantes, como nas convenções coletivas de trabalho²⁴.

Em meio a essa evolução, atestou-se que a liberdade contratual era uma fantasia²⁵, visto que as transformações econômicas e sociais, a concentração de capital em grandes grupos, os monopólios e as associações civis e de classe deram ensejo à intervenção estatal na economia e na sociedade civil, mormente, impondo normas no ordenamento referentes aos contratos²⁶, buscando o equilíbrio entre essas partes, notoriamente desiguais.

Assim, tem-se como principais causas do dirigismo contratual as políticas econômicas com vistas à supremacia do social sobre o individual; a acumulação de capital e concentração de empresas; a desigualdade entre os contratantes; a necessidade de proteger os indivíduos perante os grupos transnacionais; as novas formas de organização social, que exigem novo regime contratual; o desenvolvimento do aspecto social do contrato e a crescente escolha política pela intervenção do Estado nas liberdades dos indivíduos²⁷.

Tais normas impositivas na limitação da liberdade contratual, que vem a ser o fenômeno do dirigismo contratual, resultado de um processo socioeconômico contemporâneo, onde o Estado interfere

de modo decisivo, surgindo o contrato não mais livre e particular, mas um contrato dirigido²⁸, têm, portanto, como uma de suas principais características, a proteção à parte mais fraca na relação contratual²⁹, bem como a incessante busca de equilíbrio.

Tal intervenção vem na tentativa de trazer uma solução aos desequilíbrios provocados pela concentração do capitalismo³⁰, mediante o que Eliseu Figueira chama de *novo humanismo*³¹.

O *novo humanismo*, despertado pela transformação do Estado Liberal no Estado Social, traz consigo a idéia da pessoa humana como centro do ordenamento, tendo a nação com o objetivo de pleno desenvolvimento da personalidade humana, com vistas à libertação da opressão de grandes grupos às minorias fracas, tendo por fim último o ideal de igualdade substancial, e não meramente formal³².

Essa busca de igualdade vai incidir na doutrina do dirigismo contratual, perfazendo, como um de seus princípios básicos, a busca de equilíbrio, redução da desigualdade entre as partes e, portanto, efetiva igualdade entre os contratantes³³, tendo em vista o interesse maior que é o interesse público, razão pela qual se extraem normas de proteção contratual no direito comparado contemporâneo.

A necessidade de regulação da autonomia da vontade, com vistas a uma igualdade não meramente formal, é também esboçada claramente pelo Prof. Álvaro Villaça Azevedo, pelo que é incisivo ao proclamar que, "no mundo moderno, sentimos a imperante precisão de que o Estado intervenha na ordem contratual, para que ela não seja instrumento de escravização"³⁴.

O *dirigismo contratual* vem diante do desenvolvimento da economia, pelo que, nos dizeres de Josserand, o direito deve criar institutos novos para tempos novos carecedores de mudanças³⁵, portanto, *diminuir o âmbito da autonomia privada*, buscando um resgate do conceito do contrato como respeito à lei e à equidade³⁶, pelo que as partes não mais regulam os efeitos do contrato livremente, mas sim se transformam em meros

desencadeadores dos efeitos que a lei abarca para as suas manifestações³⁷.

Por tal verdadeira imiscuidade atual da autonomia das vontades, que se chega a dizer que ocorre uma supressão geral da liberdade contratual, pelo que essa não passaria de mera nostalgia³⁸, ou lembrança dos vetustos ideais do individualismo revolucionário dos séculos XVIII e XIX³⁹.

Assim sendo, a liberdade contratual passa a ser, definitivamente, regulada diretamente por leis, que determinam os efeitos dos contratos, razão pela qual *não há como se negar a derrocada do princípio da autonomia das vontades*, sufragada pela *supremacia do interesse público e pela ordem econômica dirigida pelo Estado, com vistas à proteção da sociedade* de possíveis desequilíbrios entre as partes inerentes ao sistema capitalista, consubstanciando-se no dirigismo contratual, que arregimenta o *contrato não mais como simples regulação individual, mas como fenômeno social*⁴⁰.

4.3 Intervenção estatal na liberdade contratual: dirigismo contratual

Tecidas as considerações necessárias ao conceito de dirigismo, mister salientar de que formas se dá tal limitação à liberdade contratual.

Diretamente, conforme Perreau, o Estado pode impor as seguintes restrições aos contratantes:

- 1) de estabilidade da convenção, como nos casos de obrigatoriedade de prorrogação de contratos de locação;
- 2) de garantia contra certas áleas, como nos casos de indenização por acidente em contrato de trabalho;

3) de limitação de despesas e encargos, como nas regras sobre preço de locação prorrogada; e,

4) de garantia de um mínimo de proveito, como no caso da fixação do salário mínimo⁴¹.

Tais severas limitações, como já sobredito, levam Perreau a também acreditar que não são mais as partes, mas a lei que fixa os efeitos dos contratos⁴².

Assim sendo, o dirigismo atua tanto nas condições à formação do contrato, à sua validade, aos seus efeitos que são reconhecidos, e, por fim, à sua interpretação conforme o ordenamento, sob pena de lhe serem declaradas nulas as cláusulas contrárias ao ordenamento⁴³.

Desta feita, o dirigismo pode-se dar, principalmente, mediante a atuação do Estado em duas frentes: por meio do Judiciário e do Legislativo, os quais Josserand chama, respectivamente, de *dirigismo jurisprudencial* e *dirigismo legislativo*⁴⁴.

O *dirigismo jurisprudencial* é o controle do contrato, nos termos propostos – formação, validade, efeitos e interpretação, por intermédio do exercício judicante, ou seja, quando o juiz é tomado pelo conhecimento de certa matéria para julgar, determinando a interpretação do contrato nos contornos idealizados pelo direito, com vistas ao modelo dirigente de contrato, como, por exemplo, nos casos de correta qualificação do contrato⁴⁵, na interpretação de garantias das partes, do dever ínsito de segurança às vítimas contratantes com fins de maior reparabilidade dos danos, ou na aplicação de conceitos como a teoria da excessiva onerosidade de obrigação ou teoria da imprevisão⁴⁶.

Já o *dirigismo legislativo* é a política estatal de formulação de limitação à liberdade contratual, por meio de leis de notória proteção da parte mais frágil da relação contratual, ou de fornecimento de institutos ao devedor, partes essas consideradas pelo legislador como dignas de maior atenção, visto que, como já acentuava Álvaro Villaça Azevedo: "(...) depois que realizado o pacto, de ocorrida a

lesão, por falta de limitação dessa liberdade na lei, não há mais que se falar em remédio”⁴⁷.

O dirigismo legislativo, assim, é a vertente mais em voga no direito atual, bastando-se analisar o número de normas, até de nível constitucional, que regulam a matéria. Exemplo maior, com certeza, é a política legislativa de proteção ao consumidor.

Assim, apesar de nossa Constituição, nos termos de José Afonso da Silva⁴⁸, ter sido muito tímida em relação à tutela do consumidor, no seu art. 5º, XXXII⁴⁹, não seguindo o exemplo dos textos do art. 110 da Constituição de Portugal, de 1976⁵⁰, ou da Espanha, de 1978, artigo 51⁵¹, temos, em nível infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, que possui regras, notoriamente, de proteção do consumidor, nos termos que Josserand já preconizava de proteção das partes mais débeis na relação contratual⁵².

Outrossim, salientamos que o dirigismo contratual não pode ser exercido de forma exclusiva e única por meio do Legislativo ou do Judiciário, pelo que tal atuação de controle dos abusos deve ser realizada juntamente com o Executivo, ou seja, em um primeiro momento mediante a elaboração de leis – dirigismo legislativo; em um segundo momento, no caso de infringência dos preceitos cogentes das leis de limitação da liberdade contratual, pela atuação do Judiciário – dirigismo jurisprudencial; e em um terceiro momento, constante e ininterrupto, mediante a fiscalização da atividade econômica e de seu tráfico pelo direito civil, notadamente pelos contratos – dirigismo administrativo⁵³.

Assim sendo, o direito contratual passa por uma importante adaptação dos seus conceitos mais relevantes – ao novo quadro que se desvela no cenário internacional econômico e social, bem como encontra seu limite na atuação responsável do Estado na utilização dos instrumentos de dirigismo contratual, mormente em sua ação nas formas de dirigismo jurisprudencial e legislativo, levando a uma regulamentação da autonomia das vontades e da liberdade

contratual aos novos tempos de socialização do direito, ao que se pode denominar publicização do contrato⁵⁴.

Por fim, ainda quanto aos limites a tal intervenção estatal, são lapidares as palavras de Josserand, no sentido de que, "se é certo que o contrato dirigido é o anseio de uma sociedade que assim o deseja para o alcance de uma organização mais justa"⁵⁵, também que se assente que "organização e socialização do contrato sim", mas "desorganização e anarquia contratual, não"⁵⁶.

4.4 Aspectos do dirigismo contratual no direito positivo brasileiro

Certamente, no direito posto brasileiro, as searas onde mais se vê presente o ideário do dirigismo contratual são as matérias de direito agrário, locação e, por fim, direito do consumidor.

Tais casos, presentes em nosso ordenamento vigente, são esboçados claramente nas disposições da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 – o Estatuto da Terra – em matéria de contratos agrários; Lei n. 8.245/91, em matéria dos contratos de locação, e na Lei n. 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor, nos contratos de relação de consumo, notadamente no controle das cláusulas abusivas.

Pela própria natureza dos contratos asseverados, tem-se presente o nítido caráter de desequilíbrio entre as partes – grandes e pequenos proprietários rurais, senhorio e inquilino, empresas e consumidores, pelo que tais normas abarcam os ideais sobreditos do dirigismo contratual, ditando regras diretas sobre os elementos dos contratos vertentes às matérias.

Como já sobredito, o tratamento da liberdade contratual no direito brasileiro pelo sistema de controle das cláusulas abusivas na forma do Código de Defesa do Consumidor é o maior exemplo de dirigismo contratual que possuímos em nosso direito positivo.

Desta feita, está bem fundamentada a relevância do estudo do dirigismo contratual e a pertinência, a seguir, do estudo também das cláusulas abusivas no regime do Código de Defesa do Consumidor.

4.5 Código de Defesa do Consumidor: um caso paradigmático de dirigismo contratual

Como dito anteriormente, é nos contratos vertentes às relações de consumo em que se dá o maior exemplo de dirigismo contratual no direito contemporâneo⁵⁷, haja vista o forte regramento do conteúdo contratual dessas hipóteses, realizado nos sistemas modernos.

Nesse sentido, no direito comparado, importante o Decreto-Lei n. 446, de 25 de outubro de 1985, em Portugal, o qual adveio da necessidade de regulamentação da matéria, principalmente no que tange a certas cláusulas que se tornavam injustas, preconizando normas buscando igualdade substancial, e não meramente formal, entre as partes, maior equilíbrio entre elas, e nítida proteção à parte mais fraca – o consumidor⁵⁸.

Outrossim, a importância deste texto é de sobremaneira se lembrarmos que coloca a boa-fé e a ordem pública como basilares no contexto das relações consumeristas, com nítido caráter dirigente⁵⁹.

Assim sendo, as normas dirigentes da liberdade contratual em matéria de direito do consumidor visam a criar balizas claras e rígidas da autonomia privada, proibindo-se a livre manifestação das partes nas cláusulas do contrato⁶⁰.

No Brasil não é nova a preocupação com a proteção do consumidor e com a análise do dirigismo contratual nesse iter de aplicação do direito.

Assim, Fábio Konder Comparato já promanava que era necessária uma proteção ao mais fraco, ressaltando que nos Estados Unidos é voz única que os pobres pagam mais pelos produtos, isto ou por sua

falta de discernimento ou das próprias condições de muita necessidade⁶¹.

Ademais, o consumidor possui de modo inerente uma condição de hipossuficiente e posição inferior na relação contratual, já que tem como única hipótese a submissão ao poder de controle dos titulares dos bens de produção para a sua vida corrente, dada a divisão da sociedade, pós-revolução industrial, em produtores e consumidores⁶², carecendo aquele, portanto, da necessária proteção.

Nesse sentido, apresentam-se como formas de proteção do consumidor: a) a disciplina de publicidade e apresentação de produtos; b) normas de saúde e segurança do consumidor; c) o dirigismo contratual⁶³.

Assim, surge o dirigismo contratual, não como meras regras de interpretação ou forma dos contratos, mas como regras impositivas de cláusulas de proteção da parte mais fraca, declarando nulas, por seu turno, cláusulas que possam ser consideradas pouco equitativas (cláusulas abusivas)⁶⁴.

Nessa ótica, e por mandamento constitucional⁶⁵, surge o nosso Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Nesse contexto, em que os códigos e leis especiais sobre a matéria proliferam⁶⁶, sempre no sentido de que tal dirigismo não ocorre em qualquer relação comercial, mas somente naquelas em que o legislador entender cabível a intervenção estatal na busca de equilíbrio entre as partes contratantes⁶⁷, é que foi promulgado nosso Código de Defesa do Consumidor, instaurando um conceito de *ordem pública de proteção dos consumidores*, com rígidas regras de ordem pública atinentes às relações de consumo por contrato de compra e venda, tendo em vista que os vetustos conceitos de nosso Código Civil não mais realizavam o ideal de justiça e igualdade contratual⁶⁸.

Por fim, cabe assinalar como uma das maiores inovações em matéria de relação de consumo a instauração definitiva do princípio

da boa-fé em nosso sistema contratual, como é de princípio basilar na doutrina do dirigismo contratual, tendo em vista a disposição expressa do Código de Defesa do Consumidor, artigos 46 e 47, do dever de o fornecedor informar e dar pleno conhecimento do contrato, pelo que o Judiciário vem interferindo diretamente nestes casos, declarando a nulidade de cláusulas que limitem os direitos dos consumidores, notadamente, atuando, desta feita, diretamente sobre a liberdade contratual das partes⁶⁹.

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor impôs o regime do dirigismo contratual definitivamente em nosso sistema jurídico, pelo que o fundamento último para as concepções até aqui esboçadas é determinado pelo ideário da função social do contrato, inerente ao processo de funcionalização dos institutos do direito privado, como é o enfoque da melhor doutrina atual.

4.5.1 Controle das cláusulas abusivas no direito positivo brasileiro

Como acentuado por Nelson Nery Junior, a proteção contra cláusulas abusivas é direito básico do consumidor (art. 6º, IV, do CDC), e no art. 51 do CDC, cuidou o legislador de elencar um rol exemplificativo de cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito⁷⁰.

Continua um dos autores do anteprojeto, que culminou no CDC, que o rol exemplificativo do art. 51 sofreu forte influência do direito comparado, sendo que teve importante papel o direito alemão com sua Lei para a regulamentação das condições gerais dos contratos – AGB-Gesetz, de 9 de dezembro de 1976, *Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*⁷¹.

Comparando o CDC com o AGB-Gesetz, nota-se claramente que em vez de um rol de cláusulas que a lei considera (i) absolutamente ineficazes (“lista negra”) e (ii) relativamente ineficazes (“lista cinza”), como fez a lei alemã, o CDC acabou por arrolar uma lista única –

exemplificativa – de cláusulas abusivas dotadas de “nulidade de pleno direito”, não realizando uma medida, portanto, de ineficácia⁷².

Nesse sentido, imprescindível a dicção do art. 6º, IV, do CDC, que define a proteção contra cláusulas abusivas como direito básico do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Bem como o art. 51:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código; III – transfiram responsabilidades a terceiros; IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V – (Vetado); VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII – autorizem o fornecedor a modificar

unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado.)

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Se não bastasse o CDC informar esse rol de cláusulas abusivas, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça baixou mediante Portarias outras listas de cláusulas abusivas. Nesse sentido, destaca-se a Portaria n. 4, de 13 de março de 1998:

PORTARIA N. 04, DE 13.03.98. O SECRETÁRIO DE DIREITO ECONÔMICO, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais. Considerando o disposto no art. 56 do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 deste Decreto; Considerando que o elenco de Cláusulas Abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços constantes do art. 51 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, é do tipo aberto, exemplificativo, permitindo, desta

forma a sua complementação. E Considerando, ainda, que decisões terminativas dos diversos PROCONS e MINISTÉRIOS PÚBLICOS pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas, resolve: 1 – estabeleçam prazos de carência na prestação ou fornecimento de serviços, em caso de impontualidade das prestações ou mensalidades; 2 – imponham, em caso de impontualidade, interrupção de serviço essencial, sem aviso prévio; 3 – não restabeleçam integralmente os direitos do consumidor a partir da purgação da mora; 4 – impeçam o consumidor de se beneficiar do evento, constante de termo de garantia contratual, que lhe seja mais favorável; 5 – estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a resilição ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos; 6 – estabeleçam sanções em caso de atraso ou descumprimento de obrigação somente em desfavor do consumidor; 7 – estabeleçam cumulativamente a cobrança de comissão de permanência e correção monetária; 8 – elejam foro para dirimir conflitos decorrentes de relações de consumo diverso daquele onde reside o consumidor; 9 – obriguem o consumidor ao pagamento de honorários advocatícios sem que haja ajuizamento de ação correspondente; 10 – impeçam, restrinjam ou afastem a aplicação das normas do código de defesa do consumidor nos conflitos decorrentes de contratos de transporte aéreo; 11 – atribuam ao fornecedor o poder de escolha entre múltiplos índices de reajuste, entre os admitidos legalmente; 12 – permitam ao fornecedor emitir títulos de crédito em branco ou livremente circuláveis por meio de endosso na representação de toda e qualquer obrigação assumida pelo consumidor; 13 – estabeleçam a devolução de prestações pagas, sem que os valores sejam corrigidos monetariamente; 14 – imponham limite ao tempo de internação hospitalar, que não o prescrito pelo médico.

Também mister lembrar a Portaria n. 3, de 22 de março de 1999:

Publicada no Diário Oficial da União de 22/03/99, esta Portaria da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, visa coibir 15 cláusulas abusivas presentes em vários contratos: ITEM 1 – Determinem aumentos de prestações nos contratos de planos e seguros de saúde, firmados anteriormente à Lei 9.656/98, por mudanças de faixas etárias sem previsão expressa e definida; ITEM 2 – Imponham, em contratos firmados anteriormente à Lei 9.656/98, limites ou restrições a procedimentos médicos (consultas, exames médicos, laboratoriais e internações hospitalares, UTI e similares), contrariando prescrição médica; ITEM 3 – Permitam ao fornecedor de serviço essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta, sem

autorização expressa do consumidor, a cobrança de outros serviços. Excetuam-se os casos em que a prestadora do serviço essencial informe e disponibilize gratuitamente ao consumidor a opção de bloqueio prévio da cobrança ou utilização dos serviços de valor adicionado; ITEM 4 – Estabeleçam prazos de carência para cancelamento do contrato de cartão de crédito. ITEM 5 – Imponham o pagamento antecipado referente a períodos superiores a 30 dias pela prestação de serviços educacionais ou similares; ITEM 6 – Estabeleçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais, a vinculação à aquisição de outros produtos ou serviços. ITEM 7 – Estabeleçam que o consumidor reconheça que o contrato acompanhado do extrato demonstrativo da conta corrente bancária constituem título executivo extrajudicial, para os fins do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil; ITEM 8 – Estipulem o reconhecimento, pelo consumidor, de que os valores lançados no extrato da conta corrente ou na fatura do cartão de crédito constituem dívida líquida, certa e exigível; ITEM 9 – Estabeleçam a cobrança de juros capitalizados mensalmente; ITEM 10 – Imponham, em contratos de consórcios, o pagamento de percentual a título de taxa de administração futura, pelos consorciados desistentes e excluídos; ITEM 11 – Estabeleçam, nos contratos de prestação de serviços educacionais e similares, multa moratória superior a 2% (dois por cento); ITEM 12 – Exijam a assinatura de duplicatas, letras de câmbio, notas promissórias ou quaisquer outros títulos de crédito em branco; ITEM 13 – Subtraíam ao consumidor, nos contratos de seguro, o recebimento de valor inferior ao contratado na apólice; ITEM 14 – Prevejam em contratos de arrendamento mercantil (*leasing*) a exigência, a título de indenização, do pagamento das parcelas vincendas, no caso de restituição do bem; ITEM 15 – Estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem.

E, ainda, a Portaria n. 3, de 15 de março 2001:

Portaria 3/2001: O Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições legais; CONSIDERANDO que o elenco de Cláusulas Abusivas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, constantes do art. 51 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, é de tipo aberto, exemplificativo, permitindo, desta forma a sua complementação; CONSIDERANDO o disposto no artigo 56 do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, que regulamentou a Lei n. 8.078/90, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do art. 22 desse Decreto, bem assim

promover a educação e a informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com a melhoria, transparência, harmonia, equilíbrio e boa-fé nas relações de consumo; CONSIDERANDO que decisões judiciais, decisões administrativas de diversos PROCONs, e entendimentos dos Ministérios Públicos pacificam como abusivas as cláusulas a seguir enumeradas, resolve: Divulgar o seguinte elenco de cláusulas, as quais, na forma do artigo 51 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e do artigo 56 do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serão consideradas como abusivas, notadamente para fim de aplicação do disposto no inciso IV, do art. 22 do Decreto n. 2.181: 1. estipule presunção de conhecimento por parte do consumidor de fatos novos não previstos em contrato; 2. estabeleça restrições ao direito do consumidor de questionar nas esferas administrativa e judicial possíveis lesões decorrentes de contrato por ele assinado; 3. imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor; 4. estabeleça cumulação de multa rescisória e perda do valor das arras; 5. estipule a utilização expressa ou não, de juros capitalizados nos contratos civis; 6. autorize, em virtude de inadimplemento, o não fornecimento ao consumidor de informações de posse do fornecedor, tais como: histórico escolar, registros médicos, e demais do gênero; 7. autorize o envio do nome do consumidor e/ou seus garantes a cadastros de consumidores (SPC, SERASA, etc.), enquanto houver discussão em juízo relativa à relação de consumo; 8. considere, nos contratos bancários, financeiros e de cartões de crédito, o silêncio do consumidor, pessoa física, como aceitação tácita dos valores cobrados, das informações prestadas nos extratos ou aceitação de modificações de índices ou de quaisquer alterações contratuais; 9. permita à instituição bancária retirar da conta corrente do consumidor ou cobrar restituição deste dos valores usados por terceiros, que de forma ilícita estejam de posse de seus cartões bancários ou cheques, após comunicação de roubo, furto ou desaparecimento suspeito ou requisição de bloqueio ou final de conta; 10. exclua, nos contratos de seguro de vida, a cobertura de evento decorrente de doença preexistente, salvo as hipóteses em que a seguradora comprove que o consumidor tinha conhecimento da referida doença à época da contratação; 11. limite temporalmente, nos contratos de seguro de responsabilidade civil, a cobertura apenas às reclamações realizadas durante a vigência do contrato, e não ao evento ou sinistro ocorrido durante a vigência; 12. preveja, nos contratos de seguro de automóvel, o ressarcimento pelo valor de mercado, se inferior ao previsto no contrato; 13. impeça o

consumidor de acionar, em caso de erro médico, diretamente a operadora ou cooperativa que organiza ou administra o plano privado de assistência à saúde; 14. estabeleça, no contrato de venda e compra de imóvel, a incidência de juros antes da entrega das chaves; 15. preveja, no contrato de promessa de venda e compra de imóvel, que o adquirente autorize ao incorporador alienante constituir hipoteca do terreno e de suas acessões (unidades construídas) para garantir dívida da empresa incorporadora, realizada para financiamento de obras; 16. vede, nos serviços educacionais, em face de desistência pelo consumidor, a restituição de valor pago a título de pagamento antecipado de mensalidade.

Da análise dos textos, deve ser feita a observação que o nosso sistema de cláusulas abusivas é um sistema aberto⁷³, tanto assim que o rol do art. 51 do CDC é meramente exemplificativo, ou seja, de forma alguma deve ser considerado como taxativo⁷⁴. E assim também as cláusulas referidas nas Portarias da Secretaria de Direito Econômico do Ministério de Justiça. Com efeito, portanto, tem razão Cláudia Lima Marques ao acentuar que o “art. 51 é *lista-guia*, exemplificativa de cláusulas abusivas, a ser concretizada pela jurisprudência brasileira”⁷⁵.

Portanto, cabe ao juiz, em cada caso, a análise da abusividade ou não de determinada cláusula. Para tanto, a doutrina tem indicado parâmetros que devem ser obedecidos.

Rizzato Nunes, após lecionar que o rol do art. 51 é exemplificativo, é claro ao dizer que: “Além disso, como vimos, a exigência da boa-fé objetiva como princípio (art. 4º, III) e como norma (inciso IV, que a seguir examinaremos) é verdadeira cláusula a ser observada nos contratos, de sorte que outras cláusulas abusivas podem ser identificadas”⁷⁶.

Também no sentido de que cabe ao juiz essa análise é Nelson Nery Júnior, aduzindo, principalmente, que o magistrado deve preocupar-se com desequilíbrio contratual:

Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção do consumidor⁷⁷.

Outrossim, o § 1º do art. 51 elenca elementos que podem levar à consideração de abusividade, por vontade e vantagem exagerada. Nesse sentido é Humberto Teodoro Júnior que, citando os incisos do referido dispositivo legal, também adota o critério da

(...) inferioridade na relação contratual, prejudicando ou inviabilizando o exercício pleno de seus direitos. Isto se dá, em regra, segundo a lei, quando há vantagem contratual conferida ao fornecedor (...). Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso⁷⁸.

Maria Donato lembra que bem pode ocorrer que determinada cláusula, em princípio, seja eficaz e, no contexto da relação de consumo, considerada abusiva:

O rol elencado no art. 51, é, por óbvio, exemplificativo, podendo inclusão de uma determinada cláusula em um contrato, que a princípio não seria abusiva, sê-lo assim considerada, em decorrência de análise a ser realizada

pelo magistrado, ao constar a dificuldade que a sua determinação poderá ensejar ao consumidor⁷⁹.

Com esta estrutura, e com nítido imperativo de dirigismo contratual, o Judiciário, com fundamento principalmente na legislação citada, vem declarando a abusividade de vários tipos de cláusulas.

Pode-se atestar facilmente, diante de uma análise de nossa jurisprudência sobre cláusulas abusivas, que a maior parte dos casos é de cláusulas que atentam contra o equilíbrio contratual. Nesse sentido é vasta a jurisprudência de nossos pretórios, notadamente, nos casos de:

(i) cláusula que veda a possibilidade de devolução de valores já pagos:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Contrato de Adesão – Cláusula resolutória da qual não consta alternativa em benefício do promitente comprador ou possibilidade do reembolso das importâncias já pagas – Nulidade – Inteligência e aplicação dos arts. 51, II e 54 , § 2º do CDC. Ementa oficial: Nos compromissos de venda e compra de imóveis, constantes de contratos de adesão e firmados na vigência do Código do Consumidor, é nula de pleno direito cláusula resolutória que não contemple alternativa em benefício do promitente comprador, a ele deixando a escolha, e bem assim, aquela que dele retire a possibilidade de reembolso das importâncias já pagas⁸⁰.

(ii) cláusula que gere garantia excessiva:

NOTA PROMISSÓRIA – Emissão por procuração – Outorga de mandato a integrante do grupo mutuante – Nulidade reconhecida – Inteligência do art. 51, VIII, da Lei 8.078/90. CONTRATO – Cláusula contratual – Garantia excessiva para concessão de crédito – Inadmissibilidade – Artifício para constituição de título executivo – Fato que caracteriza desequilíbrio contratual

– Inteligência do art. 51, § 1º, II da Lei 8.078/90. Embora seja correto que o mutuante exija garantia para concessão do crédito, isto não justifica a exigência de garantias excessivas ou que dificultem a posição do mutuário, onde aderindo a um contrato padrão, concorda com cláusula que, na verdade, configura um artifício para constituição, pelo próprio credor, de título executivo, fixando-lhe o valor e o momento de exigibilidade, rompendo, por conseguinte, o necessário equilíbrio contratual⁸¹.

(iii) cláusula que imponha vantagem exagerada:

CONTRATO – Convênio médico – Cláusula que prevê limite de 5 dias de internação em UTI, com prorrogação desse prazo a critério da prestadora de serviços – Nulidade – Disposição contratual que se caracteriza como exagerada vantagem para a contratada e verdadeira restrição de direito para o contratante – Inteligência e aplicação do art. 51, IV, do CDC. Ao limitar a 5 dias a internação em UTI, conferindo exclusivamente ao Convênio Médico a possibilidade de prorrogação desse prazo, sem sequer fixar-lhe um critério para isso, a disposição contratual guerreada mostra-se de um lado como exagerada vantagem para a demandada prestadora de serviços, e, de outro ângulo, é verdadeira restrição de direito que decorre naturalmente de um ajuste. Portanto isto estabeleceu uma desvantagem exagerada para o conveniado, impondo-se a nulidade da cláusula também com apoio no art. 51, IV, do CDC⁸².

Os arestos acima são aqui colacionados a título exemplificativo, porque, como sobredito, a jurisprudência sobre o tema é farta⁸³.

Entretanto, por fim, não se pode esquecer que, apesar de aberto, o sistema de controle de cláusulas abusivas, ditado pelo art. 51 do CDC, deu especial atenção à proteção do consumidor no que diz respeito à responsabilidade civil. Dos 16 casos citados nesse dispositivo, os incisos I, II, III, XII e XVI tratam de certa forma nesse sentido. Assim, por exemplo, a teor desses incisos, pode-se facilmente afirmar que, em regra, é abusiva a cláusula que limita ou

exclui a responsabilidade civil (*Freizeichnungsklauseln*) do fornecedor de serviços e produtos⁸⁴.

4.5.2 Critério para verificação das cláusulas abusivas

Já que o nosso sistema de proteção contra cláusulas abusivas é aberto, diante de rol meramente exemplificativo de cláusulas assim consideradas, mister a procura por um critério para sua verificação⁸⁵.

Nesse sentido, destaca-se a obra do Juiz Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, em sua dissertação de mestrado na Universidade de São Paulo, que elenca em detalhe os elementos que o magistrado deve analisar para o decreto de cláusula abusiva⁸⁶. O autor expõe que os principais critérios para essa verificação são:

1. **Desequilíbrio econômico:** aduzindo que “não é raro ver as cláusulas sendo associadas ao desequilíbrio econômico no contrato, causado pela desproporção significativa entre o valor da prestação e o da contraprestação”⁸⁷. E continua, em significativo ensinamento:

O critério do desequilíbrio econômico, na medida em que vincula o juiz sopesar prestações e contraprestações para concluir a respeito da validade ou nulidade de uma cláusula, termina por levá-lo a analisar a *operação econômica*, sem a qual não existe a transferência de riqueza de uma parte à outra e vice-versa⁸⁸.

Concluindo que

O critério do desequilíbrio econômico, na verdade, baseia-se sobretudo no sinalagma, na falta de reciprocidade entre prestações e contraprestações de

cada uma das partes, em prejuízo do *pressuposto estado de equilíbrio econômico* em que se situavam anteriormente à contraprestação, quando nenhuma delas havia transferido para outra parcela de seu patrimônio⁸⁹.

2. **Abuso de direito:** deixando-se claro que, citando Josserand, a “cláusula abusiva é manifestação por excelência do abuso do direito no contrato, pois busca-se do direito quando, apesar de permanecer dentro de seus limites, visa-se a fim diferente daquele que o legislador objetivara”⁹⁰. E assenta que boa doutrina distingue a cláusula abusiva do instituto do abuso de direito disposto no art. 187 do Código Civil⁹¹.

3. **Desequilíbrio significativo entre direitos e deveres:** critério objetivo para verificação de abusividade de cláusula e que “não se confunde com o desequilíbrio econômico – a irrazoabilidade da relação de valor entre prestação e contraprestação, que redundando na onerosidade excessiva para uma das partes”⁹², caracterizando-se que uma das partes “recebe significativamente mais vantagens que a outra”⁹³.

4. **Boa-fé objetiva:** ou seja, de contratar sem prejudicar e de modo desproporcional, agindo as partes com honestidade e lealdade. Importante anotação:

A vantagem do critério da boa-fé objetiva é a desnecessidade de se perquirir a respeito do elemento subjetivo do estipulante da cláusula contratual, isto é, dispensa-se eventual análise de dolo ou culpa em sentido estrito do fornecedor, já que a mera inobservância do dever genérico de agir com honestidade e lealdade, por si só, já é suficiente para caracterizar má-fé contratual.

E acrescenta que

outra vantagem é a constatação da abusividade independentemente da análise do sinalagma, ou seja, torna-se prescindível estudar eventual desequilíbrio notável entre a prestação e a contraprestação, quer se trate de relação entre direitos e deveres, quer diga respeito à desproporção econômica⁹⁴.

5. Boa-fé objetiva e desequilíbrio entre direitos e deveres: definindo esse critério como “sendo cláusula que, a despeito da exigência da boa-fé, vem a causar desequilíbrio significativo entre direitos e deveres em prejuízo de um dos contratantes”⁹⁵.

Por fim, conclui Carvalho Silva que o CDC adotou vários critérios no art. 51 para a verificação de cláusula abusiva: (i) critério do desequilíbrio econômico (art. 51, IV), (ii) critério do abuso do direito (art. 51, VIII), (iii) critério do desequilíbrio significativo (art. 51, VI), (iv) critério da boa-fé objetiva (art. 51, IV, 2ª parte) e (v) critério da ilicitude em geral (art. 51, XIV e XV)⁹⁶.

4.5.3 Efeitos

Os principais efeitos do decreto de cláusula abusiva são: (i) nulidade absoluta, (ii) decreto *ex officio*, (iii) princípio da conservação ou manutenção do contrato e (iv) imprescritibilidade.

Nulidade absoluta. Nos termos do *caput* do art. 51 do CDC, são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas. Como salienta Nelson Nery Junior, o CDC “só reconhece as nulidades de pleno direito”, superando a dicotomia do Código Civil, de nulidades relativas e absolutas, isto porque as cláusulas abusivas “ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor”⁹⁷.

Decreto *ex officio*. Apesar de nula de pleno direito, essa nulidade de cláusula depende de reconhecimento judicial, seja por ação direta do interessado, em contestação, seja até mesmo por ato do juiz *ex officio*⁹⁸. Sempre se deve lembrar, na esteira do ensinamento de Pontes de Miranda, que a sentença que declara a nulidade de cláusula abusiva não tem natureza declaratória, mas sim “constitutiva negativa”⁹⁹, sendo seus efeitos *ex tunc, i.e.*, reconhece-se a nulidade da cláusula desde a formação do negócio¹⁰⁰.

Conservação ou manutenção do contrato. Por força do § 2º do art. 51, “a nulidade de uma cláusula contratada abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. Humberto Theodoro Júnior retira duas conclusões desse enunciado:

a) se é possível isolar a cláusula abusiva do contexto contratual, sua nulidade fica restrita a seu próprio conteúdo. Segue-se o princípio clássico do *utile per inutile non vitiatur*; b) ao eliminar a cláusula abusiva, cabe ao juiz proceder a uma revisão do contrato para preservá-lo sempre que possível (princípio da conservação ou manutenção do contrato). Somente quando, pela eliminação da parcela abusiva, se tornar desequilibrada de forma irremediável a relação contratual, é que se terá de optar pela completa resolução do negócio¹⁰¹.

Assim, em regra, há apenas a resolução parcial do contrato, no que se refere às cláusulas declaradas abusivas, restando plenamente válido todo o restante do contrato – obrigações, deveres e direitos¹⁰².

Imprescritibilidade. Sobre esse efeito leciona Nelson Nery Junior:

O Código não fixou nenhum prazo para o exercício do direito de pleitear em juízo a nulidade da cláusula abusiva. Conseqüentemente, na ausência de norma nesse sentido, a ação é *perpétua (imprescritiva)* (itálico no original)¹⁰³.

Já Rizzato Nunes entende pela imprescritibilidade sob o fundamento de que, além de o CDC não elencar prazo para o exercício desse direito, o princípio é o de que a nulidade da cláusula abusiva é absoluta, cuja matéria, o CDC, é de ordem pública e de interesse social¹⁰⁴.

4.5.4 Dano moral por cláusula abusiva?

Aqueles que militam na advocacia cível e empresarial sabem: é rara a ação de declaração de cláusula abusiva sem um pedido também de indenização por dano moral. Por isso, a inegável pertinência de se adentrar nesse tema.

Assim, é cabível reparação de dano moral toda vez que for declarada a abusividade de determinada cláusula em um contrato?

Ora, a primeira questão que se deve analisar é sobre a natureza dessa relação de responsabilidade civil. Notoriamente, trata-se de uma relação de responsabilidade civil contratual e não extracontratual (ou aquiliana), tendo em vista o vínculo obrigacional – contrato – que existe entre consumidor e fornecedor de produtos e serviços.

Em segundo lugar, sabido que essa responsabilidade, nos termos do CDC, é objetiva, ou seja, sem culpa, salvo no caso de profissional liberal, quando a responsabilidade é subjetiva.

E, terceiro ponto, sim, é verdade que em relações de responsabilidade civil contratual e objetiva se pode ter como plausível pedido por reparação moral. Por exemplo, não se discute

da possibilidade de pedido de reparação por danos morais, e até estéticos, em acidente no transcurso de contrato de transporte, que é caso de responsabilidade contratual e objetiva (assim, o caso de um passageiro de ônibus ou trem que perde um membro em acidente dentro do veículo ou composição; não há discussão e são rotineiros os acórdãos conferindo reparação moral nesses casos).

Entretanto, há forte jurisprudência – majoritária, vale dizer – no sentido de que não cabe, em princípio, reparação por dano moral proveniente de declaração de abusividade de cláusula. Essa jurisprudência, com acerto, inclina-se no entendimento de que, em regra, nos casos em que se requer a declaração de cláusula abusiva, há tão-somente o interesse em ver a abusividade extirpada do negócio jurídico, sendo o mais apenas aborrecimento comum da vida moderna.

Nesse sentido, são exemplares os seguintes arestos:

Seguro facultativo de responsabilidade civil. Colisão de Veículo Segurado. Negativa da seguradora no pagamento dos danos. Ajuizamento de ação de indenização por danos materiais e morais. Pagamento de prêmio mensal com desconto em conta corrente. Falta de numerário na conta corrente para pagamento das parcelas vencidas em 09/1998 e 10/1998. Recusa na cobertura de sinistro ocorrido em 29/10/1998. Ação julgada improcedente. Cancelamento unilateral do seguro com base em cláusula contratual. Impossibilidade. Necessidade, ademais, de prévia interpelação. Recurso provido em parte. O seguro é contrato de execução continuada e, dada sua natureza bilateral, não pode ser rescindido unilateralmente, exigindo prévia interpelação da seguradora. Bem por isso, a cláusula de não indenizabilidade de sinistro ocorrido no período subsequente aos meses das parcelas dos prêmios não pagos é iníqua e abusiva, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. A ação, assim, deve ser julgada procedente para condenar o réu ao pagamento da indenização por danos materiais. Mero aborrecimento ou dissabor não geram direito à indenização por dano moral. A recusa no pagamento dos danos tem fundamento na mora do segurado e não ostenta o caso de pormenores que possam anotar ocorrências de ofensa do direito de personalidade¹⁰⁵.

SEGURO DE VEÍCULO – ATRASO NA SATISFAÇÃO DO PRÊMIO – CLÁUSULA DE CANCELAMENTO AUTOMÁTICO DO CONTRATO – INSUBSISTÊNCIA EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Não pode subsistir a cláusula que estabelece suspensão ou cancelamento automático da apólice, por vulnerar o disposto no art. 51, XI, e § 1º, I e II, do CDC. A mera recusa ao cumprimento do contrato, fundada em interpretação defensável da lei, bem como em procedimentos internos da seguradora, não constitui ofensa passível de indenização por dano moral. Improvido o agravo retido de fls. 42/48, e parcialmente provida a apelação da ré¹⁰⁶.

EMENTA: ENSINO PARTICULAR. RESCISÃO DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL E DE PUBLICIDADE VEICULADA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. Preliminares de falta de citação e de ilegitimidade ativa de uma das autoras rejeitadas. É nula, porque abusiva, a cláusula contratual que estabelece a possibilidade de cancelamento da matrícula, após determinado prazo, somente mediante o pagamento das prestações vincendas. Art. 51, IV, do CDC. Devolução das prestações quitadas que decorre da abusividade da propaganda veiculada pelo réu. Dano moral, porém, não caracterizado. A situação que não chega a caracterizar uma dor, um sofrimento, mas apenas um transtorno, um dissabor, não configura dano moral. Apelo provido em parte. Voto vencido¹⁰⁷.

Pode-se atestar que todos os acórdãos são no sentido de que o pedido por dano moral, em caso de decreto de cláusula abusiva, em regra, é incabível, por se tratar a cláusula abusiva de mero “transtorno”, “dissabor”, “aborrecimento” ou “caso de pormenores que possam anotar ocorrências de ofensa do direito de personalidade”.

Porém, como dito, em regra não há a possibilidade de danos morais, mas em determinados casos, onde a cláusula abusiva acaba por gerar ofensa à integridade moral ou física do consumidor, não há como se negar a reparação extrapatrimonial.

Isto porque, se não bastasse a reparação por danos morais ser direito básico do consumidor (art. 6º do CDC), a ordem pública de proteção dos consumidores deve também seguir os ditames da Constituição, principalmente no que se refere ao respeito da

dignidade humana, fundamento do Estado brasileiro (arts. 1º e 3º da CF/88)¹⁰⁸.

Outrossim, a CF/88 garante, nos incisos V e X do art. 5º, o direito à reparação moral, consubstanciando-se em verdadeiro direito fundamental atípico – isto é, *direito fundamental de reparação dos danos extrapatrimoniais causados à pessoa humana*¹⁰⁹.

Assim sendo, as palavras de Gustavo Tepedino sobre o Código Civil, aqui também servem para o CDC: “enquanto estiver em vigor a Constituição da República, a promulgação de um Código Civil só pode representar acréscimo aos níveis de proteção da pessoa humana, nunca sua redução”¹¹⁰. De forma que não pode o aplicador do direito, sob a justificativa de que se está somente aplicando o CDC no que se refere às cláusulas abusivas, deixar de aplicar a Constituição, que garante a reparação por danos morais.

Entretanto, se a regra é que, realmente, os casos de decreto de cláusula abusiva estão, em sua grande parte, em situações de “mero aborrecimento”, há casos em que, decorrente da cláusula abusiva, existe notória ofensa à integridade moral ou física do consumidor, destacando-se que

o dano moral se consubstancia no dano injusto causado à pessoa humana, que lhe causa revolta, repulsa, sentimento de injustiça e de invasão sem fundamento plausível à esfera de seus direitos englobados na integridade moral, sempre se referindo a uma lesão extrapatrimonial¹¹¹.

Desta feita, por exceção, há casos em que se deve conceber pela possibilidade de reparação moral advindo de cláusula abusiva, como nos seguintes julgados:

PLANO DE SAÚDE. RECUSA DA SEGURADORA EM REALIZAR OPERAÇÃO DE COLOCAÇÃO DE STENT POR EXCLUSÃO CONTRATUAL DE COBERTURA DE PRÓTESES – INDEVIDA – NATUREZA DISCUTÍVEL DO STENT – PRECEDENTES DA CÂMARA – DIREITO À *VIDA QUE DEVE SER PRESERVADO* – FORÇA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE AS LEIS ORDINÁRIAS E O CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES – CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CORRETAMENTE APLICADA. DANOS MORAIS – EXISTENTES – ANGÚSTIA E SOFRIMENTO POR PARTE DO AUTOR DIANTE DA CONDUITA DA RÉ – MONTANTE FIXADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE DEVE SER MANTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ALTO VALOR DA CONDENAÇÃO IMPOSTA À RÉ FAZ COM QUE 10% SEJA QUANTIA BEM CONSIDERÁVEL – PATAMAR MANTIDO. RECURSOS IMPROVIDOS. COM OBSERVAÇÃO¹¹².

PLANO DE SAÚDE – Cobertura de tomografia, internação e tratamento de meningite bacteriana e efeitos daí decorrentes – Manifesta abusividade de cláusulas de contrato de plano de saúde que limitam o número de exames médicos e excluem a cobertura contratual do atendimento a doenças infecto-contagiosas de notificação compulsória ao Poder Público – Recusa da cobertura que fere frontalmente o princípio da boa-fé objetiva, configurando inadimplemento contratual – Dever de indenizar os danos materiais consistentes das despesas médicas suportadas indevidamente pelo associado – Sofrimento e angústia apreciáveis de paciente que sofre longa internação e seus familiares, pela recusa da operadora em cobrir os custos hospitalares – Condenação da ré ao pagamento de danos morais – Mera interposição de recurso que de modo algum caracteriza litigância de má-fé – Recurso da ré improvido – Recurso dos autores provido¹¹³.

Plano de saúde – Obesidade mórbida – Cirurgias posteriores àquela realizada em razão de obesidade mórbida são necessárias, estão dentro do contexto daquele procedimento, e não podem ser consideradas como mera cirurgia plástica – Recusa de cobertura indevida – Código de Defesa do Consumidor – Doutrina e Jurisprudência – Dano moral – Indenização devida, fixada a reparação em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) – Ação procedente em parte – Recurso provido em parte¹¹⁴.

Note-se que nesses casos há graves ofensas à integridade física ou à integridade moral dos consumidores, sendo de direito a reparação moral para tanto.

Outro caso bem peculiar, mas comum, é aquele em que cláusula abusiva leva à inscrição do nome do consumidor em listas de órgãos de restrição de crédito, como a do SERASA. A jurisprudência é firme no sentido da ofensa à honra do consumidor nesses casos, sendo que o dano moral é tratado como *in re ipsa*, independentemente de prova. Nesse sentido, o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÁUSULA ABUSIVA. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. INVALIDADE. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO DE CRÉDITO. DANO MORAL. PROVA. PRESCINDIBILIDADE. 1. É abusiva a cláusula contratual que prevê o vencimento antecipado da dívida pela impontualidade no adimplemento de uma parcela, pois manifestamente potestativa, além de comprometer sobremaneira a purgação da mora, contrariando o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 2. Hipótese em que a ré efetuou a inscrição do nome da autora no órgão de restrição de crédito indevidamente, pelo valor total da dívida contraída, sendo que as parcelas vencidas já haviam sido quitadas antes do recebimento da notificação. 3. Como decorrência da inscrição indevida junto ao órgão de restrição de crédito e seus concebidos efeitos, há a ocorrência de danos extrapatrimoniais suscetíveis de indenização, que independem de prova efetiva e concreta de sua existência. Dano moral puro ou *in re ipsa*. Dano moral configurado e conseqüente dever de indenizar. APELAÇÃO DESPROVIDA¹¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, e sua jurisprudência, com acerto, é no sentido aqui proposto, ou seja, quando houver ofensa à dignidade da pessoa humana – e assim a qualquer das esferas de integridades física, moral ou psíquica – há que se entender pela possibilidade de reparação moral advinda de cláusula abusiva¹¹⁶. Nesse sentido, o acórdão dessa Corte:

PLANO DE SAÚDE. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA. SUSPENSÃO DE ATENDIMENTO. ATRASO DE ÚNICA PARCELA. DANO MORAL.

CARACTERIZAÇÃO. I – É abusiva a cláusula prevista em contrato de plano de saúde que suspende o atendimento em razão do atraso de pagamento de uma única parcela. Precedente da Terceira Turma. Na hipótese, a própria empresa seguradora contribuiu para a mora, pois, em razão de problemas internos, não enviou ao segurado o boleto para pagamento. II – É ilegal, também, a estipulação que prevê a submissão do segurado a novo período de carência, de duração equivalente ao prazo pelo qual perdurou a mora, após o adimplemento do débito em atraso. III – Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral. Recurso provido¹¹⁷.

4.6 Conclusão: função social do contrato e das cláusulas abusivas

“A socialização do direito civil é reflexo da superação da idéia de pessoa individual, independente e isolada, que só tem valor histórico; o homem é um ser social”¹¹⁸.

Assim, considerada a pessoa como membro de uma sociedade, cada qual nessa exerce uma função, qual é o fundamento do direito, consubstanciando-se, desta feita, a funcionalização dos institutos, na concepção de Duguit¹¹⁹.

Entretanto, tal visão, apesar de demonstrar sensível avanço à vetusta concepção individualista, não abarca o problema dos institutos de direito privado, e faz um corte da noção de direito subjetivo, o qual não pode ser a ponto de exterminá-la¹²⁰.

Assim, com Karl Renner, todo instituto tem uma *função econômica*¹²¹, uma vez que toda norma tem origem em um objetivo econômico, e por tal razão, mudando-se as relações econômicas, mudam-se as normas¹²².

Por sua vez, tal *função econômica* se reveste de uma *função social* à medida que, dentro de dado momento histórico, tal função

econômica é sentido de uma necessidade social¹²³, sendo que o instituto jurídico, por sua vez, trará consigo esse arcabouço socioeconômico, pelo que *função econômica* se transforma em *função social* do instituto jurídico¹²⁴, de acordo com os fins que a sociedade deseja para si.

Assim, a função social da propriedade¹²⁵ e a função social do contrato¹²⁶ são exemplos dessa funcionalização dos institutos do direito privado com vistas aos interesses supremos da coletividade.

Aplicando Renner ao caso do contrato e, notadamente, no que tange ao controle das cláusulas abusivas, no presente momento histórico brasileiro (observando o rol de cláusulas abusivas do CDC e sua cláusula geral de boa-fé, bem como o princípio da função social do contrato presente no novo Código Civil), deve-se dizer que a função econômica desse instituto é bem nítida e comporta os seguintes elementos: (i) buscar uma “justiça contratual”, onde nenhuma das partes use sua posição econômica para obrigar a contratação em condições economicamente inviáveis ou opressoras para a parte mais fraca; (ii) evitar contratação com excessiva onerosidade para uma das partes e (iii) também evitar contratação contrária à boa-fé. Ou seja, é o resgate da função econômica do instituto do contrato: a circulação de bens e serviços de forma eficiente (que gere riqueza à sociedade), ou, em uma expressão mais própria ao direito, em condições econômicas vantajosas e honestas para todos os contratantes.

Por sua vez, a função econômica se transforma em função social na medida em que é interesse de toda coletividade contratar nesses ditames, sendo imperioso o Estado interferir nas relações privadas – dirigismo contratual – para o alcance de dita função econômica, atuando também para proteger os mais fracos na relação de consumo (com o controle das cláusulas abusivas). Assim, o contrato como instrumento de circulação de bens e serviços de forma eficiente (função econômica) se transforma em instrumento de circulação de bens e serviços de forma mais justa e paritária, protegendo as partes de abusos (função social).

Essa evolução da função econômica para função social se dá conforme os fins que a sociedade deseja para si, e esses fins são claramente os expostos nas Constituições modernas; na brasileira no art. 1º, notadamente a *dignidade da pessoa humana*, a qual se consagra como princípio supremo do ordenamento, devendo todo o ordenamento seu respeito¹²⁷, bem como não se deve deixar de ligar a defesa do consumidor ao *valor social da livre iniciativa*, também presente no mesmo artigo de nossa Constituição¹²⁸.

Assim sendo, prende-se ao direito civil, e não só à teoria dos contratos, uma constante observação dos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade humana e do valor social da livre iniciativa, sob pena de possíveis retrocessos na oblíqua busca de “*valores agonizantes do capitalismo adolescente*”, utilizando-se de termos de Orlando Gomes¹²⁹.

Tal envio necessário à Constituição é assunto de incessantes estudos de Pietro Perlingieri, pelo que, considerando-se as peculiaridades de nosso direito civil, notadamente de nosso Código Civil, indubitável razão cabe ao mestre italiano, que salienta que os princípios constitucionais devem servir de balizas para a interpretação e aplicação do direito em todos os seus ramos, bem como deve-se pautar pela perseguição dos ideais postos na Carta Magna¹³⁰.

Neste momento, tem-se, portanto, a funcionalização dos institutos com vistas aos interesses da sociedade, funcionalização esta que é o fundamento atual para o dirigismo contratual, pelo que a função social do contrato é realizada com a persecução dos ideais da sociedade: desenvolvimento da dignidade humana, ou seja, com a estrita regulação da liberdade contratual, no sentido de evitar violação aos princípios basilares do ordenamento, e de alcance dos fins colimados pela sociedade¹³¹.

Razão pela qual o negócio que violar os preceitos do dirigismo contratual, por exemplo, violação expressa à lei, há que se concluir por sua invalidade; outros casos de invalidade são os de negócios

que violam os direitos fundamentais ou que não cumprem sua função social¹³².

Portanto, tem-se que o dirigismo contratual vem resgatar¹³³ importante fator para o direito civil: o seu papel social, como instrumento de modificação de uma sociedade, para um nível maior de justiça e igualdade entre os cidadãos, através de princípios, mormente constitucionais, de aplicação direta a todo ordenamento, com vistas ao interesse maior da sociedade que é o pleno desenvolvimento da dignidade humana, realizando, assim, uma releitura do Código Civil e dos velhos conceitos, como o da autonomia das vontades, à luz dos valores, mais dinâmicos e atuais, sociais positivados na Constituição¹³⁴.

E, no que tange ao controle das cláusulas abusivas, que não se esqueça que, no Brasil, a proteção do consumidor é de ditame positivo constitucional, na forma de direito fundamental prevista no art. 5º, XXXII, da CF/88, e no art. 170, que determina a defesa do consumidor como um dos princípios de nossa ordem econômica.

Por fim, a Constituição dirigente, como é a brasileira¹³⁵, impõe um programa econômico e social, pelo qual a autonomia das vontades – aqui o objetivo último do dirigismo contratual – se transforma em instrumento para o alcance de fins¹³⁶, funcionalizando-a, cabendo ao Estado tal intervenção necessária à funcionalização, pelo que, em última razão, a liberdade contratual deve perseguir o alcance das finalidades constitucionais e de sua função social, notadamente no que se refere ao controle das cláusulas abusivas, de interesse público¹³⁷.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

ARAÚJO, Justino Magno, **Inexecução do contrato de leasing em razão de cláusulas abusivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

AVILCHEZ, Francisco Pertiñez. **Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.

Azevedo, Álvaro Villaça. Liberdade contratual. *In: Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 49.

BARRETO, Oscar Gouveia Cunha. O dirigismo na vida dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 28, v. 117, p. 455 e s., fev. 1939.

BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 15/16, p. 89-105, 1974.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; *cordeiro*, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Dec. Lei n. 446/85 de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. Dirigismo contratual. *In: Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva: 1977. v. 28.

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

DUGHIT, Léon. **Las transformaciones del derecho**: público y privado. Trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Editorial Caminho, 1989. p. 143.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. A função social da propriedade: estudos em homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer Correia. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, n. especial, p. 423-437, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Função social da propriedade: direito econômico. *In*: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1977. v. 39.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Seleção e trad. Pedro Cruz Villavon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 45, p. 141 e s., jul./set. 1988.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. t. II, v. 1. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950.

_____. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. **Revue Trimestrelle de Droit Civil**, Paris, v. 36,

p. 1-30, 1937.

_____. O desenvolvimento moderno do conceito contractual. Trad. Victor Nunes Leal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 72, p. 528-538, out. 1937.

_____. **L'esprit des droits et de leur relativité**: théorie dite de l'abus de droits. Paris: Dalloz, 1927.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Souza e Brito e José Antônio Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1989.

_____. **Derecho civil**: Parte general. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picava. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. O direito civil como direito constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 14, v. 54, p. 189-194, out./dez. 1990.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LYRA, Marcos Mendes. **Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o direito civil**: para a crítica histórica do "paradigma civilístico". Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade inconstitucional, a interpretação conforme à constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã. **Revista de**

Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 193, p. 13-32, jul./set. 1993.

_____. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 17, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996.

NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: LTr, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 504-638.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

_____. **Tendence e metodi della civilistica italiana**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1979.

_____. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Napoli: Jovene, 1972.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

_____. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual.** Coimbra: Almedina, 2005.

RENNER, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale:** un contributo alla critica del diritto civile. Trad. Cornelia Mittendorfer. Bolonha: Società Editrice Il Mulino, 1981.

RIGALLE-DUMETZ, Corinne. **La résoluton partielle du contrat.** Paris: Dalloz, 2003.

SANTOS, Maurício Barbosa dos. **Planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor.** Leme: Cultura Jurídica, 2007.

savatier, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui.** 2. ed. Paris: Dalloz, 1952.

_____. **Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile.** 2. ed. Paris: LGDJ, 1950.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2003.

Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Rodrigo Alves da. **Cláusulas abusivas nos contratos bancários de adesão.** Campinas: Minelli, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, ano 85, v. 306, p. 73-78, abr./jun. 1989.

_____. **Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Theodoro JR., Humberto. **Direitos do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[1](#) Sobre o dirigismo contratual e as cláusulas abusivas, v. NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 511-514.

[2](#) CRETELLA JÚNIOR, José. Dirigismo contratual. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977. v. 28, p. 409.

[3](#) Nesse sentido, LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 149.

[4](#) O que servirá de fundamento para doutrina do dirigismo contratual.

[5](#) Em BARRETO, Oscar Gouveia Cunha. O dirigismo na vida dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 28, v. 117, p. 460, fev. 1939.

[6](#) Conceitos aqui retirados de Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 309 e s.

[7](#) Por exemplo, maior equilíbrio entre as partes, como é ressaltado claramente por FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Editorial Caminho, 1989. p. 143.

[8](#) Portanto, também ao direito civil.

[9](#) Sobre uma interpretação conforme a Constituição no direito comparado, v. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Souza e Brito e José Antônio Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1989. p. 168 e s.; HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Seleção e trad. Pedro Cruz Villavon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 50 e s.; MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan.

Paris: PUF, 1996. p. 120 e s. No direito pátrio, *v.*, dentre outros, *mendes*, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade na Alemanha: a declaração de nulidade inconstitucional, a interpretação conforme à constituição e a declaração de constitucionalidade da lei na jurisprudência da corte constitucional alemã. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 193, p. 13-32, jul./set. 1993; e **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 221 e s., inclusive com criteriosa análise de sua aplicação em nosso Supremo Tribunal Federal, com grande contribuição do Ministro Moreira Alves, *in* p. 268 e s.

[10](#) Assim, com toda razão, GRAU, Eros Roberto. Função social da propriedade: direito econômico. **In: Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1977. v. 39, p. 21, em ensinar que noções modernas como a de função social de propriedade, referida na Constituição, enseja a superação da dicotomia direito público e direito privado.

[11](#) Nesse sentido, PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 214 e s.; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 18.

[12](#) Conforme PRATA, Ana, *op. cit.* p. 214 e s. e PERLINGIERI, Pietro. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Napoli: Jovene, 1972. p. 20-21. Por tal razão, que não à toa, GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 87, assinala que "a intervenção estatal nos contratos tem razão na crescente concentração de capital e na concepção de propriedade como função social". Sobre a funcionalização dos institutos de direito privado, com vistas aos ideais sociais modernos, aqui utilizados os conceitos de RENNERT, Karl. **Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale: un contributo alla critica del diritto civile**. Trad. Cornelia Mittendorfer. Bolonha: Il Mulino, 1981. p. 48 e s.

[13](#) LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picava. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 96 e s., sobre a importância da Constituição para a interpretação e desenvolvimento do direito civil, notadamente ao explicar que a Lei Fundamental alemã, e aqui Constituição Federal, deixou de regular somente as relações estatais, para regular situações, por exemplo, típicas do direito privado, como era a propriedade e o direito agrário.

Nesse sentido, também, PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, cit., p. 55 e s., onde deixa claro que novos institutos do direito civil podem ter concentração de dispositivos, talvez inteira regulamentação, na Constituição, promanando, assim, por um "Direito Civil Constitucional". Ainda sobre o tema, v. LIMONGI FRANÇA, Rubens. O direito civil como direito constitucional. **Revista de direito civil**, São Paulo, ano 14, v. 54, p. 189-194, out./dez. 1990, com um enfoque muito peculiar, considerando as relações de direito civil na formação do direito como todos, notadamente, como direito constitucional; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 17, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993, essa adotando muito dos pórticos científicos promanados por Perlingieri; TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 85, v. 306, p. 73-78, abr./jun. 1989, ensinando expressamente pela regulação de situações típicas do direito privado pela Constituição Federal; também do autor, **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-22, "Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil".

[14](#) BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 24 e s.; SAVATIER, René. **Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1950. p. 5, ensinamos sobre uma interpenetração inevitável entre o direito público e o direito privado.

[15](#) JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. **Revue Trimestrelle de Droit Civil**, Paris, v. 36, p. 4, 1937; SAVATIER, René, *op. cit.*, p. 76-77, promanando pela passagem dos contratos do direito civil para o direito público.

[16](#) JOSSERAND, Louis, *op. cit.*, p. 7.

[17](#) AZEVEDO, Álvaro Villaça. Liberdade contratual. **In: Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 49, p. 371. Outrossim, mister não esquecer que a liberdade de contratar também encontrou peias no dirigismo moderno, bastando lembrar das limitações quanto à liberdade de celebração (**v. g.**, nos contratos obrigatórios por força de lei, como é o de seguro obrigatório de veículos automotores, no direito brasileiro) e à liberdade de escolha do outro contratante (como nos casos de contratos de serviços públicos, onde a empresa

concessionária, com fundamento no princípio da igualdade e da impessoalidade, deve prestar o serviço concedido a qualquer cidadão indiscriminadamente). Nesse sentido, FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 151 e SAVATIER, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1952. p. 24.

[18](#) AZEVEDO, Álvaro Villaça, *op. et loc. cit.*

[19](#) GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 81-82. Apesar de tal enumeração conter elementos que melhor se classificariam dentre elementos de liberdade de contratar e não liberdade contratual, no critério avalizado de AZEVEDO, Álvaro Villaça, *op. cit.*, p. 371, temos que tal quadro serve de demonstração do espectro que era considerada a autonomia das vontades, no modelo clássico, antes do movimento do dirigismo econômico e contratual.

[20](#) DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho: público y privado**. Trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 173 e s.

[21](#) DUGUIT, Léon, *op. cit.*, p. 193.

[22](#) Pela igualdade dos contratantes como pressuposto da autonomia das vontades, BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 41.

[23](#) Conforme JOSSERAND, Louis. O desenvolvimento moderno do conceito contractual. Trad. Victor Nunes Leal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 72, p. 528-538, out. 1937.

[24](#) Assim, JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *op. cit.*, p. 5.

[25](#) Nesse sentido, BARRETO, Oscar Gouveia Cunha, *op. cit.*, p. 460, e SAVATIER, René. Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, *cit.*, p. 7.

[26](#) FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 106.

[27](#) JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Trad. Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. 1, t. II, p. 282.

[28](#) Nesse sentido, JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *cit.*, p. 2.

[29](#) Nesse sentido, SAVATIER, René. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, *op. cit.*, p. 52; MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o direito civil: para a crítica histórica do paradigma civilístico**. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. p. 367; PERLINGIERI, Pietro, Perfis do Direito Civil, *op. cit.*, p. 278; JOSERRAND, Louis. **Derecho civil**, cit., p. 282 e 287.

[30](#) FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 109.

[31](#) FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 108 e s.

[32](#) FIGUEIRA, Eliseu, *op. et loc. cit.*

[33](#) Nesse sentido, FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 109; BESSONE, Darcy, *op. cit.*, p. 43 e s.; JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *op. cit.*, p. 4; SAVATIER, René. Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, cit., p. 49; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, cit., p. 278.

[34](#) AZEVEDO, Álvaro Villaça, *op. cit.*, p. 370.

[35](#) JOSSERAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *op. cit.*, p. 5. Nesse sentido, também, RENNER, Karl, *op. cit.*, p. 48 e 60, considerando que os institutos jurídicos são complexos de normas dependentes de fatos sociais, pelo que, mudando-se tais fatos, mudam-se as normas e, por fim, muda-se o instituto principal.

[36](#) GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**, cit., p. 88.

[37](#) Com FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 245; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, cit., p. 277; MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, *op. cit.*, p. 374-475; JOSSERAND, Louis. **L'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus de droits**. Paris: Dalloz, 1927. p. 116-117, e Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, cit., p. 2-3; SAVATIER, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**, cit., p. 24 e 25, e Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, cit., p. 8 e 65-66.

[38](#) Conforme, SAVATIER, René. Du Droit Civil au Droit Public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, cit., p. 78-79.

[39](#) Assim, DUGUIT, León, *op. cit.*, p. 173 e s., promanando pela "superação da noção de direito individualista para a dum direito social, com vistas ao interesse

público, superior que o individual". Também, *Josserand*, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, cit., p. 29.

[40](#) Nesse sentido, FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 142 e s. e 244 e s.; JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*, cit., p. 287; *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, cit., p. 29; e *L'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus de droits*, cit., p. 116 e 300-301; MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, *op. cit.*, p. 349, citando o mestre Vital Moreira dizendo que a ordem pública é "pura e simplesmente a antítese da liberdade contratual"; *savatier*, René. *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, cit., p. 8, 65-66, 78-79 e 83, onde assenta que "a economia dirigida não pode existir sem que o direito civil seja tutelado pelo direito público", bem como em SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, cit., p. 37, promanando claramente "que as formas contratuais contrárias à ordem pública devem ser suprimidas ou reprimidas".

[41](#) *Apud* BESSONE, Darcy, *op. cit.*, p. 46.

[42](#) BESSONE, Darcy, *op. et loc. cit.*

[43](#) JOSSERANDI, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, cit., p. 21. Outrossim, a declaração de nulidade de cláusula vedada em lei, por aplicação legislativa dos conceitos de dirigismo contratual, como prevista no Código de Defesa do Consumidor, é a mais clara demonstração da decadência da autonomia das vontades da regulação dos efeitos do contrato mais *ex vi legis* do que *ex vi voluntas*.

[44](#) JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*, cit., p. 283 e s.

[45](#) Como, no direito positivo brasileiro, nos contratos agrários, onde, por exemplo, o Judiciário vem tecendo característica cogente às normas referentes àqueles, vedando e julgando nulas as cláusulas que desnaturem a sua real característica.

[46](#) Aqui não colocados como sinônimos, mas como diferentes teses, que realmente são.

[47](#) AZEVEDO, Álvaro Villaça, *op. cit.*, p. 371.

[48](#) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 232-233.

[49](#) Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal do Brasil, de 1988: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

[50](#) Art. 110 da Constituição de Portugal, de 1976: “1. Os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos e à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa. 3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores”.

[51](#) Art. 51 da Constituição da Espanha, de 1978: “1. Os Poderes Públicos garantirão a defesa dos consumidores e utentes e protegerão, por meio de processos eficazes, a sua segurança, a sua saúde e os seus legítimos interesses econômicos. 2. Os Poderes Públicos promoverão a informação e a educação dos consumidores e utentes, fomentarão as suas organizações e ouvirão essas organizações nas questões que possam afetar, nos termos a estabelecer pela lei. 3. No âmbito do disposto nos números anteriores, a lei regulará o comércio interior e o regime de autorização de produtos comerciais”.

[52](#) A jurisprudência brasileira vem adotando integralmente tal tese, interferindo diretamente nos contratos de relação de consumo, ditando seus efeitos conforme o Código de Defesa do Consumidor.

[53](#) Tal forma – dirigismo administrativo – aqui preconizada tem em vista “que é dever do Estado intervir nas relações onde há interesse preponderante de toda sociedade, devendo, portanto, intervir na liberdade contratual nesse sentido, tendo em vista os possíveis desequilíbrios defesos pela sociedade”, conforme DUGUIT, León, *op. cit.*, p. 179; bem como, considerando que “o direito civil é, por definição, o direito de uma economia de mercado”, conforme MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, *op. cit.*, p. 354, o Estado deve pautar sua ação no controle desse direito – o civil e os contratos – com vistas à ordem pública, ao interesse supremo; conforme *savatier*, René. **Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile**, cit., p. 83, a sua promoção, no Estado brasileiro, é de ditame constitucional, tendo em vista a tutela do consumidor expressa, seja por meio de normas de ordem pública, ou até de medidas interventivas específicas, ainda segundo GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 255. Tal dirigismo administrativo encontra fundamento legal

infraconstitucional nas medidas de cunho administrativo previstas nos arts. 105 e s. do Código de Defesa do Consumidor, regulado pelo Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, dispondo sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelecendo sanções administrativas a violações aos direitos dos consumidores.

[54](#) Além do sobredito, JOSSERAND, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, cit., p. 29-30.

[55](#) JOSSERAND, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, cit., p. 3.

[56](#) JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**, cit., p. 288.

[57](#) Nesse sentido, basta lembrar, como salientado pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Prof. Sérgio Cavalieri Filho, em palestra no III Seminário Nacional "O Novo Direito Civil Brasileiro: A Constituição, o Código e as Leis", que é difícil encontrar a relação negocial do cidadão comum que não se comporte no espectro de relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

[58](#) COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. **Cláusulas contratuais gerais**: anotação ao Dec.-Lei n. 446/85 de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1995. p. 10-12 e 32. Ver também, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982, em importante obra sobre a evolução da proteção do consumidor desde o liberalismo até a contemporânea ordem pública dos consumidores, em estudo anterior ao texto legislativo de 1985, marco consumerista da legislação de Portugal.

[59](#) COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 12. Acentue-se o art. 16 do diploma legal em análise que dispõe: "são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé".

[60](#) COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 23.

[61](#) COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 15/16, p. 90, 1974.

[62](#) COMPARATO, Fábio Konder, *op. et loc. cit.*

[63](#) COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 94.

[64](#) COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 95, utilizando palavras do autor.

[65](#) Conforme determinação expressa do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

[66](#) Sobre a gama de leis no direito comparado sobre o Direito do Consumidor, v., GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

[67](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 513.

[68](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 286-287.

[69](#) Veja também o caso de consideração de cláusula abusiva também por falta no dever de informação ao consumidor; nesse sentido, v. AVILCHEZ, Francisco Pertiñez. **Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia**. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. Ainda sobre a boa-fé no CDC, v. NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 515-516.

[70](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 528.

[71](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 531. Por exemplo, DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**. conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 239, é clara ao acentuar que a técnica de adoção de listas de cláusulas abusivas é preocupação “demonstrada através de várias legislações de países”. Em importante dissertação sobre o tema, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva trata minuciosamente no direito comparado sobre a proteção do consumidor e das cláusulas abusivas em Portugal, Espanha, França, Bélgica, Reino Unido, Holanda, Suécia, Alemanha, Itália, Canadá, Estados Unidos, Peru, Argentina, Uruguai, Paraguai e Israel. Cf. SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 33-58.

[72](#) DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 239.

[73](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 10.

[74](#) Nesse sentido, v. NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 572-575; SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 101-102; e RIZZATTO NUNES, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 582.

[75](#) *Apud* SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 102.

[76](#) RIZZATTO NUNES, *op. et loc. cit.*

[77](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 573.

[78](#) THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 39-40.

[79](#) DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 240.

[80](#) TJSP, 13ª Câmara Cível, Ap. 238.020-2/0, Rel. Des. Marrey Neto, São Paulo, 30-6-1994.

[81](#) Ap. 547.729-0, 11ª Câmara, v.u., j. 1ª-6-1995, Rel. Juiz Ary Bauer, 1ª Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

[82](#) TJSP, 11ª Câmara Cível, Ap. 232.777-2/0, Rel. Gildo dos Santos, São Paulo, 19-5-1994.

[83](#) Bem formulada é a obra de NUNES, Rizzatto, **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-50, onde cita e comenta diversos casos de decreto de cláusula abusiva. Ainda sobre a interpretação da doutrina sobre o controle de cláusulas abusivas devem ser indicadas as obras, além das já aqui referidas: LYRA, Marcos Mendes. **Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, e NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: LTr, 2002; especificadamente sobre o regime das cláusulas abusivas em contratos de planos de saúde: SANTOS, Maurício Barbosa dos. **Planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor**. Leme: Cultura Jurídica, 2007; e sobre contratos bancários e *leasing*: SILVA, Rodrigo Alves da. **Cláusulas abusivas nos contratos bancários de adesão**. Campinas: Minelli, 2002, e ARAÚJO, Justino Magno. **Inexecução do contrato de leasing em razão de cláusulas abusivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

[84](#) Sobre a cláusula de não indenizar os contratos de consumo, *v.* NERY JUNIOR Nelson, *op. cit.*, p. 576-577. No direito comparado é ímpar a obra sobre o tema de PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 2005.

[85](#) Para uma análise de cada inciso do art. 51 do CDC, inegavelmente a melhor obra ainda é de NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 576-628, onde minuciosamente

cuida da interpretação desse importante texto legislativo de proteção do consumidor e de controle das cláusulas abusivas.

[86](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 89-101.

[87](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 89.

[88](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 91.

[89](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 91-92.

[90](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 92-93.

[91](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 94. No mesmo sentido, v. DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 239. NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 569: "O instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o abuso de direito do art. 187 do Código Civil. Podemos tomar a expressão 'cláusulas abusivas' como sinônima de *cláusulas opressivas*, *cláusulas vexatórias*, *cláusulas onerosas* ou, ainda, *cláusulas excessivas*" (itálico no original).

[92](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 95.

[93](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. et loc. cit.*

[94](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 99.

[95](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. et loc. cit.*

[96](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, p. 100-101.

[97](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 571. No mesmo sentido, v. DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 240; THEODORO JR., Humberto, *op. cit.*, p. 39; e NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 577-581.

[98](#) NERY JUNIOR, Nelson. DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. et loc. cit.*; NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 578, promanando que "mesmo que a parte – isto é, seu advogado – não alegue a nulidade, é dever do juiz declará-la por ato *ex officio*".

[99](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 571 e RIZZATTO NUNES. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 578.

[100](#) RIZZATTO NUNES. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., e NERY JUNIOR, Nelson, *op. cit.*, p. 572.

[101](#) THEODORO JR., Humberto, *op. cit.*, p. 40.

[102](#) Sobre a resolução parcial do contrato, v. o importante trabalho de RIGALLE-DUMETZ, Corinne. **La résolution partielle du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

[103](#) NERY JUNIOR, Nelson, *op. et loc. cit.*

[104](#) RIZZATO NUNES. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 581.

[105](#) TJSP, 32ª Câmara de Direito Privado, Ap. c/Rev. 978998005, Rel. Kioitsi Chicuta, São Paulo, 20-12-2007.

[106](#) TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Ap. s/Rev. 987752005, Rel. Gomes Varjão, São Paulo, 12-12-2007.

[107](#) TJRS, 5ª Câmara Cível, AC 70014229942, Rel. Leo Lima, Porto Alegre, 24-5-2006.

[108](#) Nesse sentido, v. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In: Temas de direito civil*, cit., p. 199-215.

[109](#) Nesse sentido, v. MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 344-347.

[110](#) TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, cit., p. 408.

[111](#) MATOS, Enéas de Oliveira, *op. cit.*, p. 345.

[112](#) TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap. c/Rev. 5434764600, Rel. Neves Amorim, São Paulo, 26-2-2008.

[113](#) TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AC 5360224900, Rel. Francisco Loureiro, São Paulo, 13-12-2007.

[114](#) TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. c/Rev. 5389494300, Rel. Beretta da Silveira, São Paulo, 11-12-2007.

[115](#) TJRS, 6ª Câmara Cível, AC 70017737321, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, Porto Alegre, 29-9-2007.

[116](#) Por isso que não é sem razão que boa parte dos acórdãos no sentido de danos morais advindos de cláusulas abusivas se encontra nos contratos de prestação de serviços médicos, onde a cláusula abusiva pode causar grave ofensa à integridade física do consumidor. Para tanto, v. os arestos citados **supra** e o a seguir no texto do STJ.

[117](#) STJ, 3ª Turma, REsp 259.263/SP, Rel. Min. Castro Filho, Brasília, 2-8-2005.

[118](#) DUGUIT, Léon, *op. cit.*, p. 178-180.

[119](#) DUGUIT, Léon, *op. cit.*, p. 178.

[120](#) Assim porque Duguit não acreditava em direito subjetivo e sim na noção de função, como centro do sistema.

[121](#) Lembremos que o direito civil é o direito da sociedade de mercado, v. nota 54.

[122](#) RENNER, Karl, *op. cit.*, p. 48.

[123](#) RENNER, Karl, *op. cit.*, p. 49-52.

[124](#) Idem. *loc. cit.* RENNER, Karl, *op. et loc. cit.*

[125](#) Sobre a função social da propriedade nos termos aqui propostos, v. *gomes*, Orlando. A função social da propriedade: estudos em homenagem ao Prof. Dr. A. Ferrer Correia. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, n. especial, p. 423-437, 1986; *grau*, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, cit., p. 243 e s.; e *Tepedino*, Gustavo. A nova propriedade, cit., p. 73.

[126](#) Sobre a função social do contrato, subsídios para esse trabalho foram extraídos do pioneiro art. vertente à matéria no direito pátrio de *hironaka*, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 45, p. 141 e s., jul./set. 1988.

[127](#) PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, cit., p. 33; Idem. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**, cit., p. 12; *figueira*, Eliseu, *op. cit.*, p. 108 e s.; *grau*, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, *op. cit.*, p. 216-217, promanando que a dignidade humana é não só fundamento da nação, mas princípio da ordem econômica, exigindo uma interpretação unívoca dos direitos individuais e à organização econômica; e *meireles*, Henrique da Silva Seixas, *op. cit.*, p. 349, 364-365 e 372.

[128](#) SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 23-24.

[129](#) GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**, cit., p. 89.

[130](#) Nesse sentido, PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p. 189 e s.; Idem. **Tendenze e metodi della civilistica italiana**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1979. p. 39 e s. e 101 e s.; também de FIGUEIRA, Eliseu, *op. cit.*, p. 148 e s.; MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, *op. cit.*, p. 349 e 372-373.

[131](#) Nesse sentido, da funcionalização do contrato, PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional, cit., p. 292. Outrossim, há que se considerar que se a propriedade é dirigida com vistas à função social, não diferente o contrato, instrumento para tal consecução. Nesse sentido, da relação entre a propriedade privada e o contrato, e sua funcionalização, MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, *op. cit.*, p. 349; RENNER Karl, *op. cit.*, p. 121, promanando diretamente por uma função social dos atos de comércio.

[132](#) MEIRELES, Henrique da Silva Seixas, *op. cit.*, p. 373-375, onde diz claramente que "(...) a pessoa humana como valor supremo, impõe limites à liberdade contratual, bem como que são nulos os atos contrários à ordem pública ou aos direitos da personalidade". Também GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, cit., p. 218, assentando que atividade exercida contrariamente ao princípio da dignidade humana é afronta direta à Constituição Federal.

[133](#) Nesse sentido, que o direito sempre teve esta característica, HIRONAKA, Giselda, *op. cit.*, p. 141 e s.

[134](#) Nesse sentido, por todos, PERLINGIERI, Pietro. Tendence e metodi della civilistica Italiana, cit., p. 39 e s. e 96 e s. Assim, também, RENNER, Karl, *op. cit.*, p. 62, lecionando que há uma relação orgânica nos sistemas modernos entre direito público e direito privado, devendo os dois ramos agir conjuntamente, aplicando o direito de forma unívoca.

[135](#) GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica, cit., p. 233.

[136](#) Por exemplo, como no art. 3º de nossa Carta, a redução das desigualdades sociais. Sempre importante lembrar, ainda nesse sentido, as palavras de FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 216: "A 'reelaboração' de uma teoria do Direito Civil há de ter como ponto de partida mais que a sua utilidade e, como perspectiva, a reordenação dos fundamentos do sistema jurídico à luz de outro projeto socioeconômico e político".

[137](#) Nesse sentido, PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada,** cit., p. 216. E desta feita, se não cumprida a função social, sob pena lhe serem tolhidos ou aniquilados os efeitos do negócio, como no caso de declaração de nulidade por violação aos preceitos magnos.

5 PRÁTICAS ABUSIVAS, COBRANÇAS DE DÍVIDAS E CADASTROS DE CONSUMO

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Coordenador e professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; mestre e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo; diretor-executivo da Fundação PROCON de São Paulo; procurador do Estado de São Paulo; foi conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), consultor jurídico do Ministério da Justiça, assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal, vice-presidente do Conselho Gestor do Fundo Federal de Direitos Difusos (CFDD) e presidente Nacional do Brasilcon.

5.1 Definição de práticas abusivas

A preocupação central do Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a de proporcionar o equilíbrio na relação de consumo, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Assim, ele estabelece uma série de normas protetivas que buscam harmonizar a relação de consumo.

Uma das mais importantes finalidades do CDC é a prevalência da boa-fé objetiva, a fim de evitar que o fornecedor abuse de sua preponderância técnica, jurídica e econômica, impondo ao consumidor condições iníquas de contratação. Nesse contexto, a vedação a práticas abusivas assume especial relevância, sendo notável a preocupação do legislador em tutelar o consumidor antes, durante e depois do estabelecimento da relação contratual de consumo¹.

Assim, o art. 29 do CDC arrola uma série de práticas comerciais que são abusivas, ou seja, desconformes com a boa-fé, em que o

fornecedor busca obter indevida vantagem, abusando da vulnerabilidade do consumidor².

A efetivação de uma prática abusiva por parte do fornecedor é um ato ilícito, e, assim, nulo de pleno direito, sujeitando-o às sanções e indenizações cabíveis. No campo administrativo, o fornecedor estará sujeito à aplicação das sanções previstas no art. 56 do CDC. No campo cível, deverá prestar ao consumidor a indenização pelos danos materiais e morais praticados, já que lhe deve a reparação integral, nos termos do art. 6º, VII, do CDC. Há, ainda, a possibilidade de ações coletivas endereçadas à prevenção ou reparação de danos decorrentes de práticas abusivas. Finalmente, como veremos, algumas práticas abusivas são também tipificadas como crime, sujeitando os seus transgressores às sanções criminais existentes.

5.2 Relação de consumo como pressuposto da configuração da prática abusiva

É importante esclarecer que a configuração da prática abusiva, à luz do CDC, pressupõe que ela tenha sido efetivada no âmbito de uma relação de consumo³. Para que ocorra relação de consumo faz-se necessária a existência, em um dos pólos, de um consumidor e no outro de um fornecedor, cujos conceitos necessitam, assim, ser elucidados.

5.2.1 Conceito de consumidor

Em torno do conceito de consumidor duas teorias se formaram: a teoria finalista ou subjetiva e a teoria maximalista ou objetiva⁴.

Para a teoria finalista, a proteção do consumidor visa equilibrar a relação profundamente desigual estabelecida com o fornecedor. Nesse contexto, não faria sentido uma proteção especial àqueles que utilizam o produto ou serviço como insumos ou etapas de sua

atividade produtiva, devendo, em conseqüência, tal relação ser regida pelas normas da legislação civil ou comercial⁵.

Assim, tal teoria preconiza que consumidor é apenas o *destinatário final econômico*, ou seja, aquele que frui o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial⁶.

Em contraposição foi desenvolvida a teoria maximalista, para a qual o art. 2º do CDC possui um conteúdo objetivo, sendo indiferente se quem consome desenvolve ou não atividade econômica endereçada ao lucro. Assim, o consumidor seria o *destinatário final fático* do produto ou do serviço, ou seja, aquele que o retira do mercado e o consome, ainda que no bojo de uma atividade produtiva⁷.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, após intenso e profícuo debate, inclinou-se no sentido da adoção da teoria finalista, permitindo, no entanto, a extensão da aplicação do CDC nas hipóteses de incidência de *vulnerabilidade em concreto*.

Com efeito, em dois relevantíssimos precedentes o Supremo Tribunal Federal perfilhou-se com a teoria finalista. O primeiro deles deu-se com o julgamento de uma ação de homologação de sentença estrangeira em que empresa de fabricação de toalha alegou existência de relação de consumo com fornecedora de algodão, tese esta rejeitada pelo STF⁸.

O segundo precedente é o histórico julgamento da ADIn 2591, em que o STF, ao julgar constitucional a aplicação do CDC aos serviços financeiros, ressaltou a importância do destino final econômico para a configuração da relação de consumo em tais serviços⁹.

Já a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao longo de quinze anos, discutiu profundamente a matéria, havendo precedentes que adotam ambas as teorias¹⁰. No entanto, desde o final do ano de 2004 prevalece o acatamento da teoria finalista pela Segunda Seção, sendo o principal precedente a ser citado o REsp 541.867, cuja ementa é abaixo transcrita:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

– 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 intermediária¹¹.

Cabe ainda acrescentar que o Superior Tribunal de Justiça vem expressamente acatando a tese de ser possível a extensão da aplicação do CDC para situações em que, não obstante haver a aquisição do produto ou serviço no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, esteja presente, no caso concreto, a nota de vulnerabilidade (art. 4º, I, c/c os arts. 29, 17 e 2º, parágrafo único, do CDC)¹².

Assim, a conduta do fornecedor, para que possa ser capitulada como abusiva para os fins do CDC, pressupõe que ela tenha sido praticada contra o destinatário final econômico, ou seja, aquele que utilizou o produto ou o serviço fora do âmbito de uma atividade econômica, salvo as exceções de equiparação acima destacadas.

Deste modo, por exemplo, a exigência de existência de orçamento prévio (arts. 39, VI, e 40 do CDC) somente é aplicada à relação de consumo. Com efeito, há diversos precedentes jurisprudenciais que deixam claro que, nas relações entre dois comerciantes, não se aplica a regra da exigência do prévio orçamento¹³.

5.2.2 Conceito de fornecedor

O conceito de fornecedor vem estipulado no art. 3º do CDC, com a seguinte redação: “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”.

Foi adotado um conceito extremamente amplo e, assim, qualquer pessoa, não importando a sua natureza, que desenvolva a atividade de fornecimento de produto ou serviço, nos moldes das atividades listadas no art. 3º, é considerada fornecedora.

A nota essencial do conceito de fornecedor está na expressão “desenvolvimento de uma atividade”. Assim, apenas podem ser considerados fornecedores aqueles que efetivamente desenvolvem uma atividade empresarial relacionada com produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ficam, assim, excluídas pessoas físicas ou jurídicas que praticarem um eventual ato isolado, inábil para caracterizar o desenvolvimento de uma atividade. É o que ocorre, por exemplo, com a pessoa física que aliena o automóvel de que era proprietário, ou com o casal que vende o imóvel em que morava. Os dois exemplos revelam a incidência de contratos de compra e venda regulados pelo Código Civil, uma vez que os atos isolados de venda não caracterizam o desenvolvimento de uma atividade empresarial que necessita, assim, ser desenvolvida com habitualidade¹⁴.

Ademais, no que tange aos serviços, o CDC incide apenas se houver remuneração, que pode ser direta ou indireta. Excluem-se, assim, os serviços absolutamente gratuitos, que não são objeto de qualquer remuneração, ainda que indireta.

Assim, a configuração de uma conduta como abusiva para fins do CDC pressupõe que ela tenha sido praticada por um fornecedor, não se submetendo ao regime da Lei n. 8.078/90 condutas praticadas por pessoas que não se enquadrarem em tal conceito.

5.3 Espécies de práticas abusivas

A redação atual do *caput* do art. 39 veio a deixar absolutamente claro que o rol de práticas abusivas do CDC é meramente exemplificativo, admitindo, assim, outras hipóteses além das expressamente arroladas¹⁵.

Com efeito, quando da promulgação da Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, houve veto ao inciso X do mencionado artigo, que tinha a seguinte redação: “*praticar outras condutas abusivas*”. Aludido veto levou parcela da doutrina a interpretar que a lista de cláusulas abusiva era exaustiva¹⁶, não admitindo outras hipóteses além daquelas expressamente existentes.

No entanto, a redação do *caput* do art. 39 do CDC veio a sofrer importante modificação efetivada pela Lei n. 8.884, de 1994, sendo a sua redação a seguir reproduzida: “*É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*”. Tal redação deixou absolutamente claro o caráter exemplificativo do rol de práticas abusivas.

Feito este esclarecimento, passo a analisar as principais espécies de práticas abusivas arroladas no CDC.

5.3.1 Venda casada

5.3.1.1 Venda casada no CDC

A primeira espécie de prática abusiva a ser comentada é a estatuída no inciso I do art. 39 do CDC e que é classicamente denominada “venda casada”. Reproduzo, a propósito, o texto do inciso I do art. 39: “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

Duas espécies de práticas são capituladas como venda casada: a) a imposição de aquisição conjunta de dois produtos ou serviços; b) a

imposição de limites quantitativos na aquisição de produtos ou serviços.

A primeira hipótese ocorre quando se condiciona a venda de um produto ou serviço à aquisição de outro. Um bom exemplo é o de se condicionar a abertura de uma linha de crédito em um banco à aquisição de um seguro de vida ou de um plano de previdência privada.

O prejuízo ao consumidor é evidente: com tal prática se impinge a ele a aquisição de um produto ou serviço não desejado, provocando-lhe, assim, uma notória perda econômica. Em outras palavras, o consumidor é obrigado a adquirir um produto ou serviço que não desejava, por imposição do fornecedor, que explora a vulnerabilidade do adquirente.

É importante ressaltar que a venda casada somente ocorre se houver condicionamento, ou seja, nas hipóteses em que o fornecedor oferece uma única alternativa: a compra conjunta de dois produtos ou serviços. Caso o consumidor não concorde com a aquisição conjunta, nenhum produto ou serviço lhe é disponibilizado.

Assim, não configura venda casada a hipótese de ser dado o desconto para a aquisição conjunta de dois produtos ou serviços. É o caso de um preço promocional oferecido para a aquisição conjunta de um jogo de cadeiras e uma mesa de jantar. Igualmente não configura venda casada a oferta simultânea de serviço de acesso à internet via cabo junto com TV por assinatura, por um preço promocional. Nos dois exemplos somente haveria venda casada caso se impusesse a aquisição conjunta.

Por outro lado, há situações em que o padrão normal e disseminado é o da venda conjunta. É o que ocorre, por exemplo, com a hipótese de venda do par de sapatos. Em tal caso é antieconômica a venda em separado¹⁷, uma vez que a regra é a demanda pelo par, sendo exceção a demanda pela aquisição de apenas um sapato.

A outra conduta reprimida como venda casada está na parte final do inciso I: a imposição, sem justa causa, de limites quantitativos. Tal prática se dá quando é imposta ao consumidor uma quantidade

mínima ou uma quantidade máxima de um produto ou serviço. Em outras palavras, ocorre quando o fornecedor nega-se a ofertar ou vender um produto ou serviço se não for adquirida uma quantidade mínima ou se nega a vender acima de determinada quantidade. Nesses casos, somente poderá fazê-lo caso haja uma justa causa.

São exemplos de situações razoáveis aquelas em que a quantidade mínima acompanha um padrão tradicional de mercado e que se justifica pela inviabilidade de venda de quantidade menor. É o caso, por exemplo, de pacotes de bolacha, de latas de óleo vegetal ou barras de chocolate, todos vendidos com uma determinada quantidade padrão de peso ou volume. Afora tais situações – ou seja, limites relacionados com a escala mínima viável de comercialização e que acompanham um padrão tradicional de mercado – o condicionamento a quantidades mínimas não é razoável. Seria o caso, por exemplo, a conduta do supermercado apenas vender sabão em pó caso sejam adquiridas duas caixas do produto.

Por outro lado, a existência de promoções em que a compra conjunta de duas ou mais unidades de um produto sai por um preço proporcionalmente menor do que a compra de uma só unidade do mesmo produto (por exemplo, a promoção “compre três e pague dois”) não é considerada venda casada, desde que for garantida ao consumidor a possibilidade de comprar uma unidade isolada, ainda que por um preço proporcional mais alto¹⁸.

Matéria controversa diz respeito às vendas destinadas a atacadistas, ou seja, locais em que apenas se vende a partir de determinada quantidade (por exemplo, somente se vende leite caso se adquira ao menos uma caixa). A meu ver, não constitui prática abusiva organizar o seu negócio desta maneira, desde que deixe transparente que o estabelecimento é destinado a vendas por atacado (e, assim, é essencialmente destinado a fornecedores e não a consumidores) e haja clareza na indicação de quais são as quantidades mínimas vendidas. Desta forma haverá razoabilidade no limite quantitativo, uma vez que estará de acordo com os usos e costumes comerciais, que dividem as vendas em atacado (ou seja,

vendas de grandes quantidades, com preços unitários em geral menores) e vendas a varejo (ou seja, vendas de pequenas quantidades, destinadas aos consumidores). No entanto, em locais que não são destinados – ou não o são exclusivamente – a vendas por atacado, serão substancialmente mais restritas as hipóteses em que for admitida como razoável a limitação de aquisição à quantidade mínima, como exposto nos parágrafos anteriores.

No que tange aos limites máximos, para serem razoáveis devem estar relacionados com: 1) uma situação de desabastecimento, em que a limitação tem por objetivo garantir o suprimento do produto a um número maior de pessoas; 2) a promoções, em que se visa garantir a um número maior de pessoas o acesso ao produto ou serviço com preço promocional. No entanto, nesta última hipótese, o material informativo da promoção deverá indicar com clareza a existência de limites quantitativos, sob pena de configurar publicidade enganosa e, assim, deixar de ser justa a causa da limitação¹⁹.

Da jurisprudência colhe-se recente exemplo de conduta que foi configurada como venda casada:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA PECUNIÁRIA POR OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OPERAÇÃO DENOMINADA “VENDA CASADA” EM CINEMAS. CDC, ART. 39, I. VEDAÇÃO DO CONSUMO DE ALIMENTOS ADQUIRIDOS FORA DOS ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRAFICOS.

1. A intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, arts. 170 e 5º, XXXII).

2. Nesse contexto, consagrou-se ao consumidor no seu ordenamento primeiro, a saber: o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, dentre os seus direitos básicos, “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações” (art. 6º, II, do CDC).

3. A denominada “venda casada”, sob esse enfoque, 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 nas 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 restaurantes²⁰.

A rigor, salvo melhor juízo, o caso analisado pelo STJ não tratava propriamente de venda casada. Isto porque não existiu a figura do "condicionamento", ou seja, não se condicionou a venda do ingresso à aquisição de alimentos. Na realidade o que havia era a imposição de uma **exclusividade**: apenas os alimentos vendidos pela empresa cinematográfica poderiam ser consumidos no interior do cinema. Entendeu-se que tal prática era abusiva, pois o cinema era um local dedicado ao lazer e não havia razão alguma para a exclusividade (ao contrário do que ocorre, por exemplo, com restaurantes, em que a atividade primordial é a venda de alimentos). No entanto, não parece importar se a melhor capitulação era a venda casada, uma vez que o art. 39 admite outras hipóteses, mesmo que não taxativamente previstas. Assim, o essencial é destacar que o STJ capitulou a conduta como prática abusiva e, assim, passível de sanção pelos órgãos de proteção do consumidor²¹.

5.3.1.2 Venda casada na Lei de Proteção à Concorrência

A venda casada é uma prática vedada também pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884/94). Nesse contexto, é importante

elucidar os requisitos necessários para a configuração de uma infração contra a ordem econômica.

O núcleo do tipo das infrações contra a livre concorrência encontra-se no art. 20 da Lei n. 8.884/94, que possui a seguinte redação:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece a responsabilidade objetiva, já que não exige a comprovação da culpa do agente para configurar a incidência da infração²². Assim, somente necessita ser demonstrado que a conduta ocorreu e que ela tem o potencial de produzir os efeitos descritos no art. 20 da Lei n. 8.884/94.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias posicionam-se no sentido de que somente pratica infração contra a ordem econômica empresa que possui **poder econômico**, que consiste na posição de preponderância da empresa no mercado em que se insere, influenciando na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas, por meio de uma conduta indiferente e delas independente em alto grau.

Isso gera uma situação de sujeição dos demais concorrentes e consumidores perante aquele que detém esse poder econômico. Em outras palavras, o **poder econômico** (que também pode ser denominado **poder de mercado** ou **posição dominante**)

significa a capacidade de uma empresa ou grupo de empresas de manter seus preços persistentemente acima dos níveis competitivos por um determinado período de tempo, sem, com isso, provocar uma redução de vendas suficiente para torná-la não lucrativa²³.

A tese de que somente pratica infração contra a ordem econômica quem detém poder de mercado, amplamente majoritária, parte do pressuposto de que sem o poder de mercado a conduta não poderá afetar a concorrência, dado que ela será facilmente contestada, seja pelos demais concorrentes, seja pelo consumidor final. Assim, em tal caso, não haverá lesão à livre concorrência, não havendo como configurar-se a infração contra a ordem econômica²⁴.

Pensemos, por exemplo, em pequena empresa do setor de cimentos, que possui insignificante parcela de participação de mercado. Ainda que venha praticar preço abaixo do custo, a ausência de poder de mercado a impedirá de provocar qualquer efeito deletério no mercado em que se insere, pois não terá condições de limitar a concorrência com tal conduta.

É imprescindível efetivar-se um estudo do mercado relevante para verificar se há impacto da ação sobre a concorrência como um todo. Apenas com o detalhamento do mercado relevante será possível identificar a posição dominante da empresa. A definição legal vem de posição dominante expressa nos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei n. 8.884/94:

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

O percentual estabelecido, equivalente a 20% da parcela de mercado (*market share*), encerra presunção relativa, admitindo prova em contrário. Isto quer dizer que é possível, em tese, desde que detidamente demonstrado, a incidência de posição dominante mesmo com parcela de mercado inferior a este percentual. Por outro lado, é possível demonstrar que mesmo com este percentual inexistente poder de mercado. É em cada caso concreto que isto terá de ser analisado²⁵.

Necessário, ainda, deixar claro que o objeto de repressão pela Constituição Federal e pela legislação de defesa da concorrência não é o **poder econômico** em si²⁶, mas sim o seu uso abusivo, que ocorrerá sempre que ele visar à dominação de mercado, à eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros²⁷.

Outra particularidade é a incidência da chamada “regra da razão” (*rule of reason*), que, como o próprio nome diz, é a análise da razoabilidade econômica da conduta, sopesando-se os seus aspectos positivos *vis-à-vis* as restrições trazidas à concorrência.

Ela foi criada no curso da evolução da interpretação do *Sherman Act* pela Suprema Corte dos EUA. De início, havia uma aplicação linear da lei, proibindo todos os atos que implicassem restrição ao comércio. Posteriormente, passou-se a proibir apenas os atos que implicassem restrições de modo “não razoável”. Em outras palavras: adotou-se o entendimento de serem proibidas apenas as práticas que acarretem restrição desarrazoada à livre concorrência²⁸.

No direito brasileiro ela é prevista de modo explícito na análise dos atos de concentração (art. 54, § 1º, da Lei n. 8.884/94) e de modo implícito na análise das infrações contra a ordem econômica (conteúdo aberto dos tipos do art. 20 da citada lei).

Assim, com a regra da razão deve ser analisada a justificativa econômica do ato e os efeitos aptos a serem produzidos.

A contraposição à regra da razão é o **ilícito *per se***, no qual a autoridade não necessita efetivar uma análise profunda dos aspectos econômicos do ato, apenas da sua subsunção ao tipo legal. O art. 21 da Lei n. 8.884, de 1994, por seu turno, traz um extenso rol de práticas que, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* do art. 20, caracterizam infração à ordem econômica.

Importante ressaltar o caráter meramente exemplificativo e, portanto, não exaustivo, do rol de condutas descritas no art. 21. Em outras palavras: não são apenas as condutas exemplificadas no art. 21 que podem ser consideradas infrações à ordem econômica. Muito pelo contrário, qualquer conduta que possa produzir os efeitos descritos no *caput* do art. 20 configura hipótese de infração contra ordem econômica, ainda que não descrita no art. 21²⁹.

Ademais, a mera prática de uma das condutas descritas no art. 21, isoladamente, não é suficiente para caracterizar uma infração contra a ordem econômica, fazendo-se necessário um *plus*: devem elas ter por objeto produzir, efetiva ou potencialmente, alguns dos efeitos estabelecidos no *caput* do art. 20. Sem que isso ocorra, ainda que seja praticada alguma das condutas estabelecidas nos incisos do art. 21, ela não será considerada como infração à ordem econômica³⁰.

Feita esta sucinta e esquemática introdução às principais características das infrações contra a ordem econômica, passo a analisar peculiaridades referentes à venda casada, que é expressamente mencionada no inciso do art. 21, XXIII, da Lei n. 8.884, na forma a seguir transcrita: “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

Deste modo, a descrição da conduta “venda casada” corresponde àquela descrita na primeira parte do inciso I do art. 39 do CDC, ou seja, a imposição a uma compra conjunta de dois produtos ou serviços.

No entanto, para que a venda casada seja caracterizada como infração contra a ordem econômica, não basta que tenha havido a imposição de aquisição conjunta de dois produtos ou serviços, na forma acima descrita. Faz-se ainda necessário que tal conduta possa, concreta ou potencialmente, de maneira não razoável, prejudicar a concorrência. Em outras palavras, faz-se necessária a presença de poder econômico (ou, na linguagem da Lei n. 8.884/94, posição dominante) por parte da empresa que a praticou para que ela tenha o condão de provocar os efeitos listados no art. 20, *caput*, da lei de proteção à concorrência.

Interessante precedente de conduta capitulada como venda casada pelas autoridades de defesa da concorrência no Brasil foi o caso de empresa fabricante de máquinas reprográficas, que incluiu nos contratos de locação e nos de *leasing* de que a assistência técnica somente seria prestada caso fossem utilizadas as peças de reposição por ela fornecidas. Ademais, restou comprovado que técnicos da empresa recusavam-se a instalar nas máquinas cilindros de outros fabricantes. Constatou-se o poder de mercado da empresa, bem como que sua conduta produziu os efeitos capitulados no art. 20, *caput*, da Lei n. 8884/94. A empresa foi, assim, condenada por infração contra a ordem econômica. O Poder Judiciário julgou improcedente ação ajuizada com o fim de anular a sanção imposta, entendendo correta decisão do CADE³¹.

5.3.1.3 Distinção da venda casada no CDC e na Lei n. 8.884/94

Como podemos observar, a venda casada também é capitulada como infração contra a ordem econômica pela Lei de Defesa da Concorrência. No entanto, uma vez que a Lei n. 8.884/94 tutela o mercado como um todo, somente restará configurada a infração caso a venda casada cause ou tenha o potencial de causar uma limitação à concorrência. Assim, é primordial que haja a demonstração do poder de mercado da empresa que praticou a conduta, para auferir se ela possui condições de, concreta ou potencialmente, interferir na estrutura concorrencial.

Dito de outro modo, para que se configure o ilícito antitruste não basta a prática da conduta (no caso concreto, não basta a efetivação da venda casada). É necessária a demonstração de que a venda casada praticada poderia provocar ou provocou os efeitos listados nos quatro incisos do art. 20, *caput*, da Lei n. 8.884/94.

Por outro lado, para que a venda casada configure uma prática abusiva no âmbito do CDC, basta que ela tenha sido efetivada, mesmo que sem efeito de prejudicar a concorrência³².

Em outras palavras, basta a prova de que a venda de um produto ou serviço foi condicionada à aquisição de outro produto ou serviço, para que tal conduta seja capitulada como venda casada à luz do CDC. Obviamente, devem ser observados os requisitos necessários à sua configuração, inclusive quanto à razoabilidade necessária para a sua efetivação, estudadas no item 5.3.1.1. Não se faz necessária, no entanto, prova de impacto na concorrência. Tutela-se a esfera jurídica do consumidor e por isso basta a prova de que ela foi atingida.

Em razão dos diferentes escopos e objetivos de ambas as leis, pode-se dizer que uma venda casada praticada contra o consumidor por empresa com poder de mercado possui o condão de ser capitulada como infração que infringe concomitantemente duas órbitas jurídicas distintas, ou seja, ela implica infração contra o consumidor e contra a concorrência. Pode, conseqüentemente, ser apurada de forma paralela pelas respectivas autoridades competentes, ou seja, os órgãos de proteção ao consumidor e as autoridades de defesa da concorrência. Não há falar, neste caso, em *bis in idem*, uma vez que efeitos distintos são derivados de determinada conduta e é razoável que cada um destes efeitos – sempre que comprovada a sua ocorrência – deve ser objeto da repressão correspondente.

Cumpra por fim observar que a jurisprudência é firme ao destacar a completa independência entre as esferas civil, administrativa e penal, não havendo qualquer impedimento à apuração de determinada conduta nas três esferas, quando configurados os requisitos necessários.

Nesse sentido é claríssimo o art. 29 da Lei n. 8.884/94 ao estatuir que o ajuizamento de ação individual ou coletiva visando à reparação de danos ocasionados por uma conduta anticoncorrencial em nada prejudica a sua apuração pelas autoridades administrativas. Reproduzo, a propósito, o eloqüente trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

3. Aferição pelas instâncias inferiores de prática econômica abusiva violando a livre concorrência, posto estratégia tendente a limitar a participação nesse segmento aos integrantes da associação, influenciando sobremodo no preço do frete.

4. Comprovação dos fatos, *quantum satis* na instância inferior que gerou a concessão de tutela antecipatória *in itinere* com a fixação de cotas para os trabalhadores autônomos.

5. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE) não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

(...)

16. Inexiste violação ao princípio do *ne bis in idem*, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.

17. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.

18. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da lei 8.884/94³³.

5.3.1.4 Venda casada como crime contra a ordem econômica

Finalmente, é necessário destacar que a venda casada no âmbito penal também é considerada crime, tipificado na Lei n. 8.137/90, sendo que a jurisprudência a considera crime de mera conduta, conforme se observa do precedente do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. "VENDA CASADA". PREVARICAÇÃO. DENÚNCIA. INÉPCIA.

I – A figura típica descrita no art. 5º, II, da Lei 8.137/90 é crime de mera conduta, que não depende da concretização da venda ou da prestação do serviço para a sua consumação, bastando, para tanto, que o agente subordine ou sujeite a venda ou prestação de serviço a uma condição³⁴.

5.3.2 Recusa de venda

Hipótese bastante controvertida de prática abusiva é a capitulada nos incisos II e IX do art. 39, relacionados com a vedação à recusa de venda, abaixo reproduzidos:

II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

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;

Assim, haverá a configuração de prática abusiva na hipótese em que, de forma contrária aos usos e costumes do setor a que pertence, o fornecedor recusar-se a vender um produto existente em estoque ou prestar um serviço a um consumidor que se disponha a adquiri-lo.

O que se visa a evitar é a discriminação, ou seja, que o fornecedor se recuse a vender a um determinado consumidor (em razão de uma antipatia ou desavença) ou a uma categoria de consumidores (por exemplo, para prestigiar clientes habituais em detrimento de um consumidor eventual).

Igualmente, trata-se de capitulação que visa auxiliar o controle de uma forma comum de publicidade enganosa: a de se anunciar determinado produto a um preço baixo para atrair os consumidores ao estabelecimento comercial. No entanto, quando o consumidor chega ao estabelecimento o fornecedor nega-se a vendê-lo, oferecendo outro tipo de produto. Nesta hipótese, o fornecedor é obrigado a vender na exata medida de seu estoque e deverá previamente, no curso da campanha publicitária, esclarecer a disponibilidade do estoque.

Obviamente, com tal medida não se quer impor ao fornecedor que venda sem ter o produto disponível. Visa-se impedir que discrimine aquele que deseja adquirir o produto existente em estoque.

Ademais, sempre que o estabelecimento comercial disponibilizar meios de pagamento alternativos ao dinheiro (por exemplo, cheque ou cartão de crédito), deverá estendê-lo a todos os consumidores³⁵.

No entanto, não é vedada ao fornecedor a recusa de contratar com consumidor que esteja inscrito em algum cadastro de proteção ao crédito quando o pagamento não for à vista e em dinheiro. Tal prática insere-se nos usos e costumes comerciais e o CDC não a impede, na medida em que utiliza a expressão "pronto pagamento" no inciso IX.

A doutrina³⁶ ressalta, ainda, que no inciso IX do art. 29 a utilização do vocábulo “diretamente” visa a impedir a imposição de intermediários na negociação entre fornecedor e consumidor, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais. Assim, salvo nas hipóteses em que houver a presença de intermediador prevista em lei, não poderá o fornecedor impor ao consumidor a figura do intermediário, cobrando-lhe ou transferindo-lhe os custos de tal intermediação.

Desta feita, sempre que houver a possibilidade de venda direta e o fornecedor recusá-la, impondo a intermediação, salvo quando esta for regulada em lei especial, estará caracterizada prática abusiva.

Outro exemplo de vedação à recusa de contratar é a disposição do art. 14 da Lei dos Planos de Saúde, que veda a discriminação de consumidor em razão da idade ou por ser portador de deficiência³⁷.

Finalmente há norma na Lei n. 8.884/94 (art. 21, c/c o art. 20, *caput*) que também capitula a recusa de contratar como infração contra a ordem econômica³⁸. Por seu turno, a Lei n. 8.137/90 também tipifica como crime a sonegação de bens ou a recusa de venda em seu art. 7º, VI.

5.3.3 Envio de produto ou prestação de serviço sem solicitação prévia

O inciso III do art. 39 do CDC estabelece ser prática abusiva: “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”.

Trata-se de prática infelizmente bastante disseminada no mercado: fornecer ao consumidor um produto ou serviço não solicitado e cobrar por isto. Um exemplo é bastante eloqüente: o de administradora de cartão de crédito que o envia ao consumidor sem que ele o tenha solicitado, induzindo-lhe, assim, ao consumo de um serviço de crédito normalmente dispendioso (não somente pelo valor da anuidade, mas, principalmente, pelas altas taxas de juros praticadas na hipótese de inadimplência ou parcelamento dos

débitos). Outro exemplo é a renovação automática de assinatura anual de uma revista, sem que o consumidor haja solicitado.

O parágrafo único do art. 39 traz interessante solução: equipara os produtos enviados e os serviços prestados sem prévia solicitação às amostras grátis, inexistindo, assim, obrigação de pagamento, ainda que haja utilização pelo consumidor. Trata-se de disposição que, longe de visar ao enriquecimento sem causa do consumidor, objetiva desestimular tal prática por parte do fornecedor³⁹.

Obviamente, o fato de o consumidor ser dispensado do pagamento de produto ou serviço ofertado sem solicitação prévia não elide a imposição de sanção administrativa à administradora do cartão de crédito e de ressarcimento ao consumidor de eventuais danos a ele causados em decorrência de tal prática abusiva.

Extraí-se da jurisprudência do STJ interessante exemplo relacionado com os serviços adicionais de telefonia, especialmente aqueles que se iniciam com o prefixo "900". O primeiro precedente foi o da 4ª Turma do STJ, que fixou o entendimento de que a disponibilização e cobrança do serviço somente podem ser efetivadas caso haja a solicitação do titular da linha, como se observa da ementa a seguir transcrita:

TELEFONE. SERVIÇO "900". "Disque prazer". Código de Defesa do Consumidor. O serviço "900" é oneroso e somente pode ser fornecido mediante prévia solicitação do titular da linha telefônica⁴⁰.

Merece, também, menção precedente da 3ª Turma em que foi feita alusão à gratuidade do serviço prestado, por força do parágrafo único do art. 39:

CONSUMIDOR – SERVIÇOS DE "900" – "DISQUE PRAZER" – COBRANÇA – NECESSIDADE DE PRÉVIA SOLICITAÇÃO – CDC, ART. 39, III. A cobrança de

serviço de “900 – disque prazer” sem a prévia solicitação do consumidor constitui prática abusiva (CDC, art. 39, III). Se prestado, sem o pedido anterior, tal serviço equipara-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento (CDC, art. 39, parágrafo único)⁴¹.

Finalmente, destaco acórdão da 4ª Turma que estabeleceu que o ônus da prova sobre ter ou não havido a solicitação é do fornecedor e não do consumidor⁴².

5.3.4 Exploração da hipossuficiência do consumidor

A vulnerabilidade é a principal justificativa da proteção especial conferida ao consumidor, tanto que o seu reconhecimento encabeça os incisos que tratam da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I, do CDC). No entanto, há hipóteses de consumidores específicos que são ainda mais vulneráveis, apresentando uma situação de **hipossuficiência**. É esta a preocupação do art. 39, IV, ao estabelecer ser prática abusiva prevalecer-se “da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Neste contexto, incorrem em práticas abusivas os fornecedores que buscam prevalecer-se da **hipossuficiência** de determinados consumidores. A questão da idade é bastante clara: normalmente as crianças (por sua falta de discernimento) e os idosos (por suas necessidades especiais) apresentam-se mais suscetíveis a serem levados a erro e sucumbirem a exigências desarrazoadas por parte dos fornecedores. Pensemos, por exemplo, no caso de uma criança ser enganada na aquisição de um produto ou do idoso que é pressionado a assinar um cheque-caução para garantia de internação de um parente em situação na qual o plano de saúde negou-se a cobrir determinado tratamento. A questão da saúde também confere uma maior vulnerabilidade e dá ensejo a

abusividades mais aprofundadas por parte do fornecedor, como se extrai do exemplo acima descrito.

O CDC, aliás, em outras passagens tem preocupação com determinadas vulnerabilidades. Por exemplo, uma das hipóteses de publicidade abusiva é justamente aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança (art. 37, § 2º).

Merece menção a legislação dos planos de saúde (Lei n. 9.656/98), que impede que as operadoras de planos de saúde recusem-se a contratar com pessoas de idade avançada ou portadoras de deficiência (art. 14), ou a que estabelece limites para os reajustes efetivados em função das faixas etárias.

5.3.5 Execução de serviço sem prévio orçamento

O inciso VI do art. 39 do CDC estabelece ser prática abusiva “executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”.

Tal norma necessita ser conjugada com o art. 40, uma vez que ambos tratam da mesma questão: a necessidade de elaboração de orçamento para a prestação de determinado serviço.

O inciso VI tem a preocupação de evitar que o consumidor seja surpreendido com a execução de um serviço sem saber antecipadamente o preço que lhe será cobrado. Explica-se: muitas vezes não há como se esclarecer desde logo o preço do serviço, pois ele depende das circunstâncias peculiares de cada caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, na maioria dos consertos de produtos. O preço final dependerá do estado do produto, das características do defeito e do valor das eventuais peças de reposição. Por isso, a única forma de o consumidor saber o valor será mediante um orçamento. A preocupação do CDC é justamente evitar que o fornecedor do serviço simplesmente o execute sem prévio esclarecimento do preço e depois exija do consumidor o pagamento do valor que desejar.

A doutrina defende, inclusive, que no caso de o serviço ter sido executado sem o prévio consentimento do consumidor aplica-se, por

analogia, o dispositivo do art. 39, parágrafo único, do CDC, reputando-se que o serviço foi prestado gratuitamente, nada podendo ser cobrado do consumidor⁴³.

Já o art. 40, a par de reforçar o caráter prévio da apresentação do orçamento, disciplina a **forma de elaboração** deste. O *caput* do art. 40 estabelece o **conteúdo mínimo** de um orçamento, a fim de tornar claras ao consumidor as suas obrigações. Dispõe, assim, que "o fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços".

Obviamente, o CDC disciplina os requisitos mínimos a serem observados na elaboração do orçamento, nada impedindo que voluntariamente o fornecedor acresça outros elementos. O conteúdo mínimo é composto, primeiramente, da discriminação do valor da mão-de-obra, dos materiais e dos equipamentos. A norma exige, assim, que o custo de cada item seja fornecido em separado, permitindo ao consumidor melhor exercer o seu direito de escolha entre diversos fornecedores. Assim, fornecer um orçamento englobado (ou seja, que não tenha separado o valor de cada item) contraria a norma do art. 40 do CDC⁴⁴.

Exige a norma que venham claramente estipuladas as condições de pagamento, além da data de início e de término dos serviços. Assevere-se que tais itens são de grande importância, pois, além do preço, o tempo que será levado para execução do serviço ou para entrega do produto constitui elemento essencial a orientar o critério de escolha do consumidor e, assim, deve ser estritamente cumprido pelo fornecedor. Com efeito, o § 2º do art. 40 dispõe que: "Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes". Tal norma está relacionada com o princípio da vinculação da oferta, estabelecida pelo art. 30 do CDC. De acordo com tal princípio, a oferta, efetivada por qualquer meio, vincula o fornecedor que deve, assim, honrá-la.

O mesmo ocorre em relação ao orçamento, em que a vinculação do fornecedor dá-se desde o momento da sua elaboração⁴⁵.

Por outro lado, ao contrário do que ocorre no regime do Código Civil, o silêncio não pode ser tomado como anuência do consumidor. Assim, o consumidor somente estará vinculado aos termos do orçamento no momento da sua anuência, ao contrário do que ocorre com o fornecedor que, como já afirmado, a ele está vinculado desde a sua elaboração.

No entanto, uma vez elaborado o orçamento e manifestada a aceitação do consumidor, este passa a constituir-se em verdadeiro contrato, somente podendo ser modificado por nova avença entre as duas partes, não podendo ser alterado unilateralmente (art. 30 c/c o art. 40, § 2º, do CDC).

Ressalte-se que tanto a doutrina⁴⁶ como a jurisprudência entendem que se o consumidor tiver anuído apenas parcialmente aos termos do orçamento, somente os serviços relacionados com tal anuência poderão ser executados. Caso o fornecedor venha a executar serviços que extrapolem os aspectos com os quais concordou o consumidor, apenas poderá cobrar o preço relativo à anuência parcial. Reproduzo, a propósito, o seguinte trecho de ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes.

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 consumidor⁴⁷.

O § 3º do art. 40 reforça definitivamente a questão da vinculação da oferta, ao determinar que eventuais acréscimos decorrentes de

contratação de terceiros não previstos no orçamento não podem ser cobrados do consumidor.

Já o § 1º do art. 40 estabelece o prazo de validade do orçamento na hipótese de ele próprio não a conter: dez dias. Assim, durante tal período (ou durante o lapso temporal estabelecido no próprio orçamento) o consumidor pode refletir antes de manifestar a sua aceitação ou recusa do serviço.

Instigante questão diz respeito à possibilidade de o fornecedor cobrar pela elaboração de o orçamento. A doutrina inclina-se no sentido de permitir que haja a cobrança pela mera feitura do orçamento, desde que o preço seja previamente informado ao consumidor⁴⁸.

Finalmente, deve ser recordada a estipulação contida no art. 21 do CDC no sentido de que

no fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

Nesse contexto, é implícita a obrigação do fornecedor de empregar peças novas na execução do serviço orçado. Caso não as utilize, deverá deixar isto previamente estipulado, tendo que ter, assim, a expressa anuência do consumidor. Caso não haja qualquer ressalva nesse sentido no orçamento prévio, as peças a serem eventualmente utilizadas deverão ser necessariamente originais e novas.

O descumprimento desta obrigação, além de configurar prática abusiva, sujeitando o fornecedor ao dever de indenização e às sanções administrativas cabíveis, também configura crime, nos termos do art. 70 do CDC⁴⁹.

5.3.6 Informação depreciativa sobre o consumidor

O inciso VII do art. 39 elenca como conduta abusiva o repasse de “informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”.

A primeira observação a ser efetivada é a de que tal inciso não proíbe a prática de repassar a bancos de dados de proteção ao crédito informações sobre o inadimplemento do consumidor. Tal conduta é permitida pelo art. 42 do CDC, que, no entanto, estipula uma série de requisitos para que não haja abusos, os quais serão objeto de estudo no capítulo próprio.

Dentre os requisitos a serem observados está o de que a única informação apta a ser repassada diz respeito à inadimplência do consumidor. Outras informações são expressamente vedadas. Neste contexto, o inciso VII do art. 39 deixa clara a vedação de repasse de informação que possa ter um cunho depreciativo. Pensemos, por exemplo, na informação sobre o hábito de o consumidor parcelar ou pagar a prazo, de já ter efetivado reclamação a órgão de defesa do consumidor, de integrar associação de defesa do consumidor, de já ter ajuizado ações judiciais contra fornecedores etc.

O repasse de tais informações, além de infringir o direito à intimidade dos consumidores, daria incentivos a determinados fornecedores não contratarem com os consumidores dos quais recebessem informações negativas. Aliás, o fato de a recusa de contratar ser uma prática abusiva é uma razão suplementar para vedar-se o repasse de informações depreciativas.

Assevere-se que a doutrina entende que nem sequer informações positivas, sem a expressa anuência do consumidor, podem ser repassadas. Com efeito, o art. 5º, X, da Constituição Federal eleva à condição de direito fundamental a privacidade, intimidade, honra e imagem das pessoas. Neste contexto, informações, ainda que positivas, somente podem ser repassadas caso o seu titular concorde⁵⁰. Por tal razão, afigura-se abusivo o repasse de qualquer dado cadastral dos consumidores (tais como endereço, telefone etc.) de uma empresa a outra sem o prévio consentimento do consumidor⁵¹.

5.3.7 Desrespeito às normas técnicas

Vivenciamos a época do consumo em massa, corolário dos métodos de produção em série e da contratação por adesão. Assim, a relação do consumidor com o fornecedor é cada vez menos pessoal, necessitando, assim, de sinais que possam transmitir-lhe confiança sobre a qualidade do produto ou serviço adquirido. Neste contexto, a padronização assume grande relevância, não somente para a proteção do consumidor, mas também para o próprio fornecedor.

A atividade de normalização consiste justamente em estabelecer padrões a serem seguidos de modo uniforme na fabricação e utilização de produtos, bem como na prestação de serviços⁵².

Com efeito, as normas são importante elemento para o reforço da proteção do consumidor, na medida em que visam garantir que tais produtos e serviços obedecerão a padrões de qualidade e segurança, não colocando, assim, a sua saúde em risco, bem como atendendo a sua expectativa legítima quanto à funcionalidade⁵³.

O fornecedor, por seu turno, é beneficiado não apenas pelo aumento do grau de confiança do consumidor⁵⁴, como também por dar-lhe condições de competitividade maiores, principalmente no âmbito internacional.

Nesse contexto, assume grande relevância a norma do inciso VIII do art. 39 do CDC, que estabelece ser prática abusiva

colocar, no mercado de consumo, 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).

A primeira observação a ser efetivada é a de que não poderá a norma técnica contrariar o CDC, sob pena de não ter validade.

Assim, o dispositivo deve ser lido como vinculando o fornecedor a obedecer a todas as normas de padronização compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor⁵⁵.

Cumpra, ainda, explicar como é organizado no Brasil o sistema por meio do qual são expedidas normas técnicas de fabricação de produtos e de prestação de serviços. O Sistema Nacional de Metrologia (*Sinmetro*) é constituído por entidades públicas e privadas, desempenhando atividades relacionadas com metrologia, normalização, qualidade industrial e certificação de conformidade. Foi instituído pela Lei n. 5.966, de 11 de dezembro de 1973, com a finalidade de criar uma infra-estrutura de serviços tecnológicos capaz de avaliar e certificar a qualidade de produtos, processos e serviços.

O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO) é um colegiado interministerial que exerce a função de órgão normativo do SINMETRO e que tem o INMETRO como sua Secretaria Executiva. Atualmente, integram o Conmetro os ministros do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Ciência e Tecnologia; da Saúde; do Trabalho e Emprego; do Meio Ambiente; das Relações Exteriores; da Justiça; da Agricultura, Pecuária e do Abastecimento; da Defesa; o Presidente do INMETRO e os Presidentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e do Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC).

O *Conmetro* é o órgão encarregado da formulação, coordenação e supervisão da política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos, serviços e pessoal. É ele quem fixa os critérios e procedimentos para certificação da qualidade de materiais e produtos industriais e para aplicação das penalidades nos casos de infração a dispositivo da legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação da qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dela decorrentes⁵⁶.

O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (*INMETRO*) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que

atua como Secretaria Executiva do CONMETRO. Compete ao *Inmetro* executar as políticas nacionais de metrologia e da qualidade; verificar a observância das normas técnicas e legais, no que se refere às unidades de medida, métodos de medição, medidas materializadas, instrumentos de medição e produtos pré-medidos e manter e conservar os padrões das unidades de medida, dentre outras atribuições.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido unânime em conferir validade a atos normativos expedidos pelo INMETRO, entendendo que a competência de estabelecer normas foi-lhe validamente delegada por resoluções do CONMETRO, em perfeita consonância com as disposições da Lei n. 5.966/73, que instituiu o já citado Sistema Nacional de Metrologia. Reproduzo, a propósito, ementa de julgado que sintetiza o entendimento remansoso do STJ a respeito do tema:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ADMINISTRATIVO. LEI N. 5.933/73. PORTARIAS DO INMETRO. LEGALIDADE. (...)

2. A Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. O art. 2º, de referida norma legal, criou o CONMETRO, e em seu art. 3º enumerou a competência de referido órgão ao passo que o art. 5º, da Lei n. 5.966/73, atribuiu ao INMETRO a função executiva das atividades relacionadas à metrologia.

3. A Resolução n. 11/88 do CONMETRO, ao autorizar o INMETRO a expedir atos normativos metrológicos, não contrariou a Lei n. 5.966/73 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO, o que, por conseqüência, afasta a ilegalidade da Portaria n. 74/95 do INMETRO, bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato normativo.

4. Precedentes desta Corte Superior (RESP 416211/PR; Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 31/05/2004; RESP 273803/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/05/2003; RESP 423274/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 26/08/2002).

5. Ainda que assim não bastasse, a Lei n. 9.993/99, vigente à época da lavratura do auto de infração, legitimava a expedição de atos normativos pelo INMETRO, consoante se colhe do seu art. 3º, *verbis*:

“Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei n. 5.966, de 1973, é competente para: I – elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo *Conmetro*”. Consectariamente, a nova lei que atribuiu, de forma explícita, a competência normativa do INMETRO, a convalidou o auto de infração lavrado contra a empresa recorrente que redundou na aplicação de multa por infração à Portaria n. 74/95⁵⁷.

Reproduzo, ainda, ementa de outro acórdão do STJ que faz expressa alusão ao art. 39, VIII do CDC:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88 DOS ARTS. 3º E 9º DA LEI N. 5.966/73 – MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 3º, ALÍNEAS “d”, “e” E “f”, 5º E 9º DA LEI N. 5.966/73 – INEXISTÊNCIA – RESOLUÇÃO DO CONMETRO E PORTARIA DO INMETRO – FUNDAMENTO NA LEI N. 5.966/73 E NO CDC – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

2. Não há ilegalidade na Resolução n. 11/88 do CONMETRO e na Resolução n. 74/95 do INMETRO, por se tratarem de atos que estabelecem normas e critérios para efetivar a política nacional de metrologia, nos termos da Lei n. 5.966/73.

3. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor veda a introdução no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes (Art. 39, VIII)⁵⁸.

Finalmente, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), fundada em 1940, é uma entidade privada, sem fins lucrativos, reconhecida como único Foro Nacional de Normalização através da

Resolução n. 07 do CONMETRO, de 24 de agosto de 1992. Possui como atribuição a expedição de normas técnicas, trabalho este desenvolvido por 58 Comitês Brasileiros e quatro ONS – Organismos de Normalização Setorial⁵⁹.

A doutrina⁶⁰, com base na Resolução n. 06/75 do CONMETRO, destaca a existência de quatro tipos de normas que podem ser diferenciadas no que tange à sua obrigatoriedade:

a) normas compulsórias, aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o território nacional, que são designadas pela sigla NBR1;

b) normas de natureza referencial, aprovadas pelo CONMETRO, de uso obrigatório para o Poder Público, que são designadas pela sigla NBR2;

c) normas de caráter voluntário, registradas perante o INMETRO, de conformidade com as diretrizes e critérios estabelecidos pelo CONMETRO, que são designadas pela sigla NBR3;

d) normas de caráter probatório, registradas perante o INMETRO em fase experimental, com vigência limitada, que são designadas pela sigla NBR4.

Há, no entanto, polêmica quanto à efetiva manutenção de tal distinção, uma vez que a Resolução n. 01/92 (item 4º) revogou a Resolução n. 06/75 (que define classes de Normas Brasileiras), além dos itens 2, 3 e 5 da Resolução n. 08/75, que estabeleciam critérios e diretrizes para classificação de Normas Brasileiras.

A conduta tipificada como abusiva pelo art. 39, VIII, consiste em colocar no mercado qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes. Ocorre que somente as normas qualificadas como NBR 1 e NBR 2 é que são compulsórias e, assim, necessitam ser estritamente observadas pelos fornecedores. Caso elas não sejam observadas, haverá a configuração da conduta tipificada no art. 39, VIII, do CDC. Por outro lado, a não-observância de norma classificada como NBR 3 ou NBR 4 não tipifica a conduta prevista no citado artigo, pela ausência de compulsoriedade⁶¹.

Ressalvo, no entanto, que, caso se trate de norma relacionada com a proteção da saúde ou segurança do consumidor, ainda que não obrigatória, deverá ser observada pelo fornecedor, sob pena de infringência ao disposto no art.10, *caput*, do CDC, que proíbe a introdução de produtos que os seus fabricantes saibam ou deveriam saber ser nocivos à saúde e segurança dos consumidores⁶².

Nesse contexto, a existência de norma voluntária ou probatória poderá ser levada em consideração para a configuração de infração a outras normas do CDC por parte do fornecedor. Pensemos, por exemplo, em um acidente de consumo causado por defeito de um produto introduzido no mercado, em que o seu fornecedor não obedeceu aos rigores estipulados em norma de caráter voluntário. Obviamente, tal aspecto será tomado em consideração pelo juiz ao fixar o *quantum* indenizatório, bem como é relevante para a configuração de infração ao disposto no art.10, *caput*, do CDC.

5.3.8 Elevação de preço sem justa causa

O inciso X do art. 29 estipula ser prática abusiva “elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.

Trata-se de hipótese reconhecidamente controversa, em razão de ser extremamente subjetiva – e, assim, sujeita a grande insegurança jurídica – a elucidação da expressão “justa causa”. Há, inclusive, por parte dos economistas críticas a tal expressão, pois sustentam que o preço fixado guarda relação com a curva da oferta e da procura e, assim, a sua fixação – ou eventual elevação – dela decorre.

Alguns parâmetros podem ser tomados de empréstimo da lei de defesa da concorrência, que inclui entre os exemplos de infração contra a ordem econômica a figura do “preço abusivo”, em relação ao qual, diga-se de passagem, há também sérias críticas, tanto que raramente ocorre a sua aplicação. As críticas são no sentido de que a elevação de preço é uma consequência de uma infração contra a ordem econômica e não a sua causa. Em outras palavras, muitas vezes a prática de uma infração contra a ordem econômica (por exemplo, um cartel) tem por consequência a elevação do preço (ou,

ao menos, a sua manutenção acima do nível competitivo). Nesse contexto, o que faz sentido é combater a causa (no exemplo dado, combater o cartel) e não a sua conseqüência, em razão da enorme dificuldade em discernir a efetiva razão do estabelecimento de um determinado preço. Por tal razão, comumente busca-se demonstrar a prática de outra infração contra a ordem econômica para associá-la ao preço abusivo. Por exemplo, busca-se demonstrar a efetiva ocorrência de um cartel e concluir que ele permitiu a imposição de um preço abusivo, evitando-se, assim, tratar isoladamente a figura do "preço abusivo".

Feitas estas observações iniciais cumpre destacar as condições de configuração do "preço abusivo" estabelecidas no parágrafo único do art. 21 da Lei n. 8.884/94, a seguir transcritas:

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Reveste-se de enorme importância o estabelecimento de parâmetros para a caracterização da figura da elevação sem justa causa do preço, uma vez que a lógica de fixação de preços é muito complexa, nem sempre tendo relação com abusos. Por exemplo, pode decorrer simplesmente de um aumento da procura ou de uma

queda na produção (restrição de oferta). Conseqüentemente, parece ser mais seguro relacionar a elevação sem justa causa com a prática de um abuso de poder econômico, sendo, assim, importante analisar os requisitos estabelecidos no art. 21, parágrafo único da Lei n. 8.884/94.

5.3.9 Exigência de vantagem excessiva

A hipótese do inciso V do art. 39 (ou seja, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva) é uma prática que pode ser efetivada tanto fora do âmbito de um contrato quanto para reforçar uma cláusula já contida em um contrato.

Trata-se de importante inciso, pois traz hipótese alargada, que engloba uma série de condutas nas quais o fornecedor busca, indevidamente, extrair do consumidor vantagem excessiva.

O art. 51, § 1º, do CDC estabelece o conceito de vantagem exagerada (que é, obviamente, sinônimo de vantagem excessiva)⁶³:

Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Constitui exemplo a prática de determinadas instituições financeiras em cobrar do correntista tarifa pelo envio de extrato anual. Ocorre que a sua remessa é uma obrigação imposta pela Secretaria da Receita Federal e constitui vantagem manifestamente excessiva a atitude da instituição financeira em repassar os custos de tal obrigação ao consumidor⁶⁴.

5.3.10 Falta de estipulação de prazo

O inciso XII do art. 39 estabelece como abusiva a conduta do fornecedor em deixar de estipular prazo para a satisfação da obrigação do fornecedor. É igualmente considerada abusiva a conduta de o fornecedor deixar ao seu exclusivo critério a fixação do termo inicial. Ambos os incisos visam a coibir o estabelecimento unilateral do prazo de cumprimento das obrigações do fornecedor (ou a estipulação do termo inicial a exclusivo critério do fornecedor, o que tem o mesmo efeito).

Evidentemente haverá profundo desequilíbrio nos casos em que o consumidor cumpre a sua obrigação – pagando o preço no prazo pactuado – e o fornecedor nem sequer tem estipulado o prazo para o cumprimento de sua obrigação.

Ressalte-se que tal prática é abusiva ainda que amparada em cláusulas contratuais, pois estas, por contrariarem o sistema de proteção do consumidor (art. 51, XV), são nulas de pleno direito.

Assim, por exemplo, cláusula contratual que determina que o prazo de conclusão de um edifício somente se inicia a partir do término da fundação, sem fixar a data em que isto ocorrerá, contraria o inciso XII do art. 39⁶⁵.

5.3.11 Índice de reajuste diverso da lei ou do contrato

A hipótese do inciso XIII do art. 39 é de extrema importância, pois se trata de circunstância que pode causar grande prejuízo econômico para o consumidor. Com efeito, a utilização de índice diverso do permitido em lei ou previsto no contrato desequilibra a relação de consumo, trazendo ao fornecedor vantagem indevida que lhe proporciona enriquecimento sem causa.

Aliás, neste aspecto, a proteção do consumidor deve ser conjugada com a disposição do art. 51, X, do CDC, que considera nula de pleno direito a cláusula que permita “ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral”.

Deste modo é abusiva tanto a cláusula que permite a variação unilateral do preço do contrato, como a prática de reajustar (o que é

uma modalidade de variação) o preço de maneira diversa do que dispõe o contrato ou a lei de regência.

Nesse contexto, cumpre destacar importantíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucionais dispositivos da Lei n. 8.039, de 30 de maio de 1990, que versavam sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. O Plenário do STF decidiu que a Constituição Federal permite que o Poder Público imponha limitações a tais reajustes, afastando a tese de que tal imposição violava a livre iniciativa econômica, um dos fundamentos da ordem econômica. Foi salientado que a limitação dos reajustes foi imposta visando à concretização de um dos objetivos fundamentais da República – a redução das desigualdades sociais –, bem como de um dos princípios conformadores da ordem econômica – a defesa do consumidor. Destaco trecho da ementa deste julgado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências.

— Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.

— Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares (...)⁶⁶.

Assim, tal precedente confere validade a leis que, com o objetivo de efetivar a defesa do consumidor, estabelecem parâmetros para o reajuste de preços, o que demonstra a plena constitucionalidade da norma do art. 39, XIII.

Finalmente, resta observar que a doutrina interpreta que o dispositivo em tela também coíbe a utilização de vários índices alternativos no mesmo contrato. Com efeito, não poderia ser permitido ao fornecedor escolher unilateralmente qual índice aplicar, pois isto lhe possibilitaria alterar por via transversa o preço estipulado⁶⁷.

5.3.12 Preço superior ao tabelado

O art. 41 do CDC trata dos produtos ou serviços que são submetidos a controle e tabelamento de preços, considerando prática abusiva a cobrança de preço acima dos limites fixados. Impõe que os fornecedores obedeam a tais limites, sob pena de restituírem ao consumidor a quantia recebida em excesso.

Dentre as atividades econômicas sujeitas a controle de preços destaque, inicialmente, os serviços públicos concedidos, ou seja, aqueles cuja execução é delegada a concessionárias, que na sua maioria, são pessoas jurídicas de direito privado. Cabe ao Poder Público, seguindo os parâmetros legais, fixar as regras de tarifação, atribuição esta inerente à prerrogativa de concessão do serviço (art. 175 da CF)⁶⁸.

A legislação que rege cada uma das espécies de serviço público concedido impõe controle sobre as tarifas, o que deve ser estritamente observado pelas concessionárias na sua relação com o consumidor, já que os serviços públicos objeto de remuneração por tarifa ou preço público são submetidos ao regime do CDC, como já visto em tópico anterior.

Observe-se, inclusive, que vem sendo expressamente reconhecido aos usuários em geral – e aos consumidores em particular – o direito a participar do processo decisório dos órgãos estatais responsáveis pela fixação das tarifas de serviços públicos, fornecendo elementos para que a tarifa seja fixada do modo mais módico possível.

Assim, o direito de participação vem sendo expressamente reconhecido pelo STJ, como se verifica de diversos precedentes que reconheceram legitimidade a associações civis representativas dos

interesses dos consumidores na propositura de ações civis públicas que discutem os critérios que foram levados em consideração para a fixação das tarifas. A título de exemplo reproduzo o seguinte trecho de ementa do STJ:

A associação constituída com o objetivo de promover a defesa do consumidor é parte legítima para questionar a nulidade de convênio avençado entre Município e concessionária de serviço público, fulcrada na alegação de inexistência de cláusula que possibilite o controle sobre os preços praticados⁶⁹.

No campo das atividades econômicas em sentido estrito o controle ou tabelamento de preços é prática hoje pouco comum, mas foi largamente utilizada no Brasil até meados da década de 90. Há intensa polêmica sobre a constitucionalidade de controle estatal dos preços cobrados pelos agentes privados que executam atividade econômica em sentido estrito. A jurisprudência do STF, no entanto, vem entendendo ser constitucional tal controle, conforme se observa na ementa do acórdão a seguir transcrito, que julgou terem sido recepcionados pela Constituição vigente os dispositivos da Lei Delegada n. 4/62, que possibilitava o controle de preços pelo Estado:

FISCALIZAÇÃO – LEI DELEGADA N. 4/62 – RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A Lei Delegada n. 4/62 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no que revela o instrumento normativo como meio para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros – § 4º do artigo 173 –, bem como quanto à atuação fiscalizadora do Estado – artigo 174, ambos da Carta Política em vigor⁷⁰.

O entendimento do STF acerca da plena constitucionalidade do tabelamento de preços em face da Constituição revogada foi bastante acentuado em uma série de acórdãos que julgaram *habeas corpus* relacionados a crimes contra a economia popular que possui crimes relacionados com a transgressão a congelamentos de preços⁷¹.

Esclarecido o campo de incidência do art. 41 do CDC, cumpre elucidar o seu alcance. O artigo veda a cobrança de valor superior ao autorizado na hipótese de controle de preços. Caso o fornecedor cobre preço superior do consumidor, deverá restituir o valor cobrado a maior ao consumidor, atualizado monetariamente. Cabe, ainda, ao consumidor a opção do desfazimento do negócio, hipótese em que o fornecedor deverá devolver o valor total recebido, devidamente atualizado. Nesse contexto, são oferecidas ao consumidor duas opções: 1) a manutenção do negócio, com a devolução parcial do valor cobrado (ou seja, apenas da quantia que superou o valor tabelado); ou, 2) o desfazimento do negócio, com a devolução integral do valor cobrado. A escolha entre as duas opções cabe exclusivamente ao consumidor, incidindo ainda, em qualquer dos casos, as sanções administrativas, cíveis e penais cabíveis.

Entende a doutrina, no entanto, que em nenhuma das duas hipóteses acima elencadas, o consumidor possui o direito à repetição pelo valor em dobro previsto no art. 42, parágrafo único, do CDC⁷².

5.4 Da cobrança de dívidas

Como já reiterado, o CDC pauta-se pela busca de harmonia no âmbito da relação de consumo, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. A cobrança de dívidas é algo absolutamente natural e lícito, sendo um direito do credor buscar a satisfação de seu crédito. Assim, o CDC, reconhecendo a importância da cobrança da dívida, em nenhum momento a veda, preocupando-se, no entanto, com o modo como ela é efetivada.

Neste contexto, há dois objetivos centrais do CDC em relação à cobrança de dívidas. O primeiro é o de traçar limites ao modo como o credor efetivará a cobrança da dívida, com o fim de evitar que ela acarrete violação ao patrimônio moral e psíquico do consumidor. Tais limites são estabelecidos no *caput* do art. 42 e no art. 71 e a sua desobediência gera, no campo civil, a incidência de indenização por danos materiais e morais. Na esfera administrativa gera as sanções previstas no art. 56 do CDC. E, caso violado um tipo penal estabelecido no art. 71 do CDC, há a possibilidade de imposição de sanção criminal.

O segundo objetivo é o de vedar a cobrança indevida, estabelecendo, no parágrafo único do art. 42, uma multa civil ao fornecedor que o fizer, sem prejuízo da recomposição de perdas e danos e da imposição de sanções administrativas.

5.4.1 Exposição ao ridículo, constrangimento e ameaça

Estabelece o art. 42, *caput*, do CDC que, na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Por seu turno, o art. 71 do CDC tipifica as seguintes condutas, que ensejam pena de detenção de três meses a um ano e multa:

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.

O objetivo dos dois artigos é tutelar a ética e a boa-fé na cobrança de dívidas dos consumidores. Ao mesmo tempo que reafirmam o direito de o fornecedor cobrar as dívidas traçam limites

à forma de cobrança, a fim de que a integridade física e psíquica do consumidor reste preservada⁷³.

Obviamente, é lícito ao credor utilizar-se dos meios coercitivos previstos em lei para cobrar a dívida, tais como o protesto de títulos efetivamente vencidos e não prescritos, o ajuizamento de execuções judiciais e a imposição de penhora, por exemplo⁷⁴.

Assim, apenas meios efetivamente constrangedores, que venham trazer ao consumidor um transtorno desproporcional, é que são ilícitos. Exemplos de condutas vedadas são as cobranças em público ou afixação em locais públicos de “lista” de devedores, circunstância que os expõe ao ridículo. Outro exemplo é a remessa de carta aos superiores hierárquicos ou a colegas de trabalho do consumidor, a fim de cientificá-los da dívida em aberto, fonte de inequívoco constrangimento.

Ressalte-se que a ameaça referida no art. 42, *caput*, e no art. 71 do CDC é mais ampla do que aquela estabelecida no art. 147 do Código Penal⁷⁵. Ela envolve situações tais como a ameaça de espalhar a notícia do débito entre os amigos e parentes do devedor ou a atitude da escola em ameaçar o aluno inadimplente de que não permitirá que ele faça os exames necessários à sua aprovação nas disciplinas em que está matriculado caso não pague a mensalidade em atraso⁷⁶.

Uma questão que gera enorme controvérsia é a possibilidade de cessação da prestação do serviço público *uti singuli* em caso de inadimplência do usuário. Há um intenso debate sobre se a interrupção da prestação do serviço em tal circunstância seria ou não vedada pelo art. 42 do CDC.

Inicialmente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da impossibilidade da cessação da prestação do serviço. Dentre outros fundamentos (como o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais – art. 22 do CDC – e o princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, IV, da CF), também foi invocada a norma do art. 42, *caput*, do CDC. Assim, adotava-se o entendimento de que a cessação do serviço constituía

constrangimento e ameaça ao consumidor, existindo outras formas de cobrança do débito. Reproduzo, a propósito, ementa de dois acórdãos do STJ paradigmáticos de tal interpretação:

Corte no fornecimento de água. Inadimplência do consumidor. Ilegalidade. 1. É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo. 2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos⁷⁷.

ADMINISTRATIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 22 E 42, DA LEI N. 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR).

1. Recurso Especial interposto contra Acórdão que entendeu não ser cabível indenização em perdas e danos por corte de energia elétrica quando a concessionária se utiliza de seu direito de interromper o fornecimento a consumidor em débito. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

2. Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma, em face de ausência de pagamento de fatura vencida.

3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

4. O art. 22, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assevera que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". O seu parágrafo único expõe que "nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste Código". Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a

qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

6. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

7. É devida indenização pelos constrangimentos sofridos com a suspensão no fornecimento de energia elétrica.

8. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem a fim de que, e nada mais, o MM. Juiz aprecie a questão do *quantum* a ser indenizado⁷⁸.

Posteriormente, houve a modificação do entendimento citado. A 2ª Seção do STJ passou a adotar a interpretação de que o dever de continuidade estabelecido no art. 22 do CDC não abarca a hipótese de inadimplemento, pois em tal caso o consumidor não cumpriu a sua obrigação. Tal entendimento é, ainda, embasado no art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95⁷⁹. O *leading case* que retrata a posição atual da 1ª Seção do STJ foi o julgamento do REsp 363.943, que possui a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CORTE – FALTA DE PAGAMENTO.

— É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II)⁸⁰.

Em julgados da 2ª Turma tem-se efetivada a menção à “sensibilidade às situações de hipossuficiência”⁸¹. Ademais, não se tem permitido a cessação da prestação do serviço nas situações em que não houver o prévio aviso⁸² ou em que o débito for do antigo usuário do serviço⁸³ (por exemplo, do morador anterior da residência). Igualmente, não se admite a interrupção do fornecimento caso o débito seja controverso, existindo, por exemplo, demanda judicial para discutir a sua exigibilidade⁸⁴.

Entendo que deve haver exegese distinta em relação a situações de vulnerabilidade acentuada, que atinge aqueles portadores de necessidades especiais (como, por exemplo, aqueles que utilizam aparelhos de hemodiálise, inaladores etc.) ou mesmo situações momentâneas de desemprego. Neste caso, a inadimplência não se dá por má-fé ou por desídia, mas por absoluta ausência de condições de pagamento.

Nesse sentido, o princípio da solidariedade (estabelecido no art. 3º, I, da CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), cuja observância é do interesse da coletividade, permitiria, excepcionalmente, a continuidade da prestação do serviço público mesmo em situação de inadimplência, até que se restabelecessem as condições do consumidor em adimplir o débito (por exemplo, a melhora de seu estado de saúde). Em tais casos, o ônus da prova de tal situação excepcional seria do consumidor.

Creio que o estabelecimento de tais exceções, a partir dos parâmetros estabelecidos, permitiria, a um só tempo, o correto cumprimento dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana sem comprometer a adequação do serviço. Aguarda-se, assim, a possível flexibilização do entendimento do STJ a respeito do tema. O *leading case* de tal inflexão parece ser o REsp 853.392/RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, que contém preciosas considerações efetivadas em voto de vista do Ministro Herman Benjamin⁸⁵.

Finalmente, é necessário ressaltar que a remessa de dados do consumidor inadimplente ao banco de dados de proteção ao crédito não configura desrespeito à vedação de constrangimento na cobrança de dívidas estabelecida pelo art. 42, *caput*. Isto porque, em interpretação sistemática do CDC, a única conclusão plausível é a de que se o CDC disciplinou limites à inscrição nos bancos de dados é porque a permitiu. Assim, é lícita a conduta do credor em inscrever o devedor inadimplente nos aludidos cadastros, desde que obedecidos os limites estabelecidos no art. 43 do CDC.

5.4.2 Interferência no trabalho, descanso ou lazer do consumidor

Estabelece o já citado art. 71 do CDC incorrer em crime aquele que, ao realizar a cobrança de débito, interferir no trabalho, descanso ou lazer do consumidor. Obviamente, tal dispositivo não veda, por exemplo, que o consumidor seja contatado em sua residência ou, quando não encontrado nela, em seu local de trabalho. É lícito ligar ou enviar correspondências para a residência ou domicílio de trabalho, desde que isto não interfira com as atividades rotineiras.

Por outro lado, é ilegal ligar para os colegas ou superiores do devedor em seu trabalho ou comparecer no local de trabalho e cobrar ostensivamente o débito. Todas as formas descritas interferem com o normal desempenho do trabalho, incorrendo, desta forma, no tipo penal estabelecido no art. 71.

No que concerne à residência da pessoa, ela, por óbvio, não é intangível. No entanto, é vedada a perturbação dos momentos de descanso e lazer, o que impõe, assim, limites no horário e nos dias em que é possível efetivar a ligação telefônica ou a visita pessoal para a cobrança. Assim, é proibido entrar em contato nos horários de descanso ou nos fins de semana, bem como nos feriados, momentos dedicados ao lazer e descanso.

Igualmente, não é permitido que o cobrador contate os vizinhos ou parentes do consumidor. A cobrança, sob pena de interferir com o trabalho ou descanso, deve se limitar à pessoa do devedor.

5.4.3 Devolução em dobro da cobrança indevida

O parágrafo único do art. 42 objetiva reprimir a reprovável conduta de cobrar-se do consumidor quantia superior à efetivamente devida. Assim tal norma estabelece o direito do consumidor à repetição em dobro do valor que pagou em excesso⁸⁶.

Tal norma não visa a proporcionar o enriquecimento sem causa do consumidor. Muito pelo contrário, ela possui um intento dissuasório, ou seja, o de desestimular o credor a cobrar em excesso o consumidor, desempenhando o papel de uma efetiva multa civil. Assim, deve ser aplicada com rigor sempre que for efetivada uma cobrança indevida, salvo a hipótese de engano justificável⁸⁷.

O preceito que obriga à devolução em dobro aplica-se a todos os credores que demandarem o pagamento de quantia indevida, inclusive as concessionárias de serviços públicos *uti singuli* remuneradas por tarifa⁸⁸.

Ressalte-se que o fato de a cobrança possuir amparo contratual não a torna válida. Na realidade a infringência à lei configura a abusividade da cláusula que supostamente ampara a cobrança. A este propósito destaco interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça, de cuja fundamentação transcrevo o seguinte trecho:

O fato de estar no contrato a previsão dessa conduta não afasta a incidência da regra que ordena a repetição do indébito pelo dobro, nos precisos termos do art. 42 do CDC, pois a cláusula nula de pleno direito não justifica o enriquecimento indevido. Se a existência do contrato de adesão bastasse ao comportamento abusivo e à cobrança ilícita, ficaria sem aplicação a regra legal, uma vez que, no Brasil, sem qualquer controle eficaz do Estado, os contratos de adesão contemplam de ordinário disposições somente favoráveis à estipulante. Porém, como muito bem ficou realçado no r. acórdão, nem tudo o que se contém no contrato pode ser aceito diante do ordenamento jurídico. Logo, o comportamento fundado em contrato nulo é ilícito, e os valores auferidos a maior devem ser restituídos em dobro⁸⁹.

Destaco, ainda, que o direito à repetição de indébito surge do preceito que veda o enriquecimento sem causa do fornecedor⁹⁰ (que não pode receber quantia acima da efetivamente devida), não sendo possível considerar como voluntário o pagamento feito a partir de cobrança por ele efetivada⁹¹, em que o consumidor paga para evitar os constrangimentos advindos do inadimplemento⁹².

Por outro lado, como o preceito utiliza o termo “repetição”, harmonizou-se a interpretação de que somente nas hipóteses em que o consumidor tiver efetivamente **pago** a quantia indevidamente cobrada é que terá o direito à sua devolução em dobro. Em outras palavras, para que haja incidência do direito à devolução em dobro não basta que tenha havido cobrança indevida, havendo cumulativamente o requisito do pagamento do valor cobrado. Assim, caso o consumidor tenha sido cobrado indevidamente, mas não tenha pago a quantia, não fará jus ao direito estabelecido no art. 42, parágrafo único, do CDC.

No entanto, ao consumidor que não pagar a dívida em razão de lhe haver sido cobrado um valor maior do que o devido são conferidas importantes prerrogativas. Com efeito, já firmou o STJ o posicionamento de que neste caso não poderá haver a cobrança de verbas moratórias sobre o montante efetivamente devido⁹³.

Assim, afastada a culpa do devedor pela mora, não lhe podem ser cobrados os encargos da mora, o que ocorre nas hipóteses de cobrança de valores excessivos.

Finalmente, destaco a existência de diversos precedentes jurisprudenciais que entendem incabível a devolução em dobro nas hipóteses em que a quantia cobrada a maior é objeto de controvérsia judicial⁹⁴, já que nestes casos não incide culpa na cobrança indevida⁹⁵.

5.4.4 Peculiaridades do regime do CDC e do CC

Importante cotejar a norma do art. 42 do CDC com a norma do art. 940 do CC, que possui a seguinte redação:

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias já pagas 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.

Resta claro que a norma do Código Civil somente tem incidência na hipótese de o credor propor ação judicial em face do devedor, já que foi utilizado o vocábulo "demandar". Tal conclusão fica ainda mais reforçada a partir da leitura do art. 941 do CC, que estabelece que "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".

Assim, o dispositivo do art. 940 do CC aplica-se exclusivamente às demandas judiciais. Se por acaso houver sido efetivada cobrança indevida de natureza extrajudicial não incide o direito à repetição em dobro, havendo apenas o direito à restituição simples (obviamente acrescida de juros e correção monetária e sem prejuízo das perdas e danos).

Já o art. 42 do CDC não faz referência à ação judicial, aplicando-se, deste modo, às cobranças extrajudiciais. Incide, ademais, apenas nas situações em que há relação de consumo. Ou seja, apenas os consumidores possuem o direito à restituição em dobro em razão de pagamentos indevidos efetivados em cobranças extrajudiciais.

Há, no entanto, intensa polêmica se o art. 42, parágrafo único, também é aplicável às cobranças judiciais no âmbito das relações de consumo.

Uma corrente doutrinária entende que ele se aplica apenas às cobranças extrajudiciais, sendo que, se houver excesso na cobrança

de uma dívida de consumo no momento do ajuizamento de uma ação pelo fornecedor, aplicar-se-á o preceito do art. 940 do CC e não o art. 42, parágrafo único, do CDC. Seus dois principais argumentos são, em primeiro lugar, que o *caput* do art. 42 é endereçado às situações que precedem o ajuizamento da ação, ou seja, é endereçado para a cobrança extrajudicial. Ademais, a exigência de que haja efetivo pagamento por parte do consumidor para o direito à repetição em dobro não teria sentido prático na hipótese de demanda judicial⁹⁶.

Já a segunda corrente entende que o dispositivo em tela deve aplicar-se tanto à cobrança judicial como à extrajudicial, uma vez que não há no dispositivo do art. 42, parágrafo único, qualquer restrição à sua aplicação⁹⁷.

Parece-me assistir maior razão à primeira corrente, principalmente levando-se em consideração a exigência de pagamento por parte do consumidor, algo de difícil compatibilidade com a demanda judicial.

Ressalte-se que a disposição do art. 42 somente se aplica às dívidas oriundas de relação de consumo. Assim, apenas consumidores terão direito à repetição do indébito em dobro em caso de cobrança extrajudicial⁹⁸.

Na hipótese de uma relação civil ou empresarial, tal dispositivo não se aplica e, assim, o devedor terá direito apenas à restituição simples, acrescida de correção monetária, sem prejuízo de perdas e danos. Incide, nesta hipótese, a regra do art. 884 do CC de 2002⁹⁹.

No regime do CC, somente a má-fé enseja a pena do pagamento em dobro da quantia demandada. Já no regime do CDC basta a culpa, pois apenas o erro justificável possibilita a exoneração do dever de restituir em dobro. E erro justificável é aquele que não decorreu de dolo ou culpa do fornecedor¹⁰⁰. Ademais, de acordo com a sistemática do CDC, o ônus da prova de que o engano é justificável, não tendo derivado de dolo ou culpa, pertence ao fornecedor.

5.5 Bancos de dados de proteção ao crédito

O art. 43 regulamenta os bancos de dados de proteção ao crédito. Ao fazê-lo, tacitamente recepcionou a sua validade. Em outras palavras, a conduta de o fornecedor remeter os dados de consumidores inadimplentes a cadastros de proteção ao crédito não poderá ser tida como abusiva *per se* (ou seja, não constitui infração ao art. 42 a atitude de remessa dos dados do consumidor a banco de dados)¹⁰¹.

Saliente-se, inclusive, que a matéria já foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que interpretou que a existência dos bancos de dados não significa, por si só, afronta aos direitos de intimidade e privacidade, sendo, na realidade, uma exigência para o melhor funcionamento de uma economia de mercado baseada no consumo massificado. Transcrevo, a propósito, trecho da ementa do julgado do STF:

A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas; de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas; ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida; é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da argüição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito¹⁰².

No entanto, caso não sejam obedecidos todos os requisitos estabelecidos no art. 43 do CDC, a conduta do fornecedor será considerada abusiva, gerando o direito do consumidor ao recebimento de indenização por danos materiais e morais.

Assim, a preocupação do art. 43 do CDC é dupla. Por um lado, preserva um instrumento de proteção dos fornecedores, que serve como prevenção ao risco de inadimplemento. Com efeito, o conhecimento do comportamento pregresso do consumidor é importante para a análise do risco envolvido na concessão de um financiamento. Por outro lado, no entanto, visa a proteger a intimidade do consumidor, preservando-o de condutas abusivas que o fornecedor ou o operador do cadastro possam tomar.

5.5.1 Requisitos para a validade do registro

Passo a analisar quais são os requisitos a que tanto o fornecedor quanto o registrador devem obedecer para que a inscrição dos dados do consumidor no cadastro de proteção ao crédito seja regular. Tais normas visam a proteger a intimidade do consumidor, que restará violada sempre que houver um registro indevido.

5.5.1.1 Direito à qualidade das informações registradas

O primeiro requisito a ser destacado é a veracidade das informações. Nesse contexto, é dever do fornecedor repassar aos bancos de dados exclusivamente informações verdadeiras e comunicar imediatamente o pagamento da dívida. Tal comportamento é imposto não somente pela norma expressa¹⁰³ do art. 43, § 1º, mas também pelo princípio da boa-fé objetiva que rege a relação de consumo (art. 4º, III, do CDC).

Assim é expressamente vedado ao fornecedor enviar ao banco de dados uma informação inverídica, tal como, por exemplo, informar o inadimplemento do consumidor antes de vencida a dívida ou quando a dívida foi quitada. O desrespeito ao dever de veracidade gera, obviamente, o dever de indenizar.

Fixou ainda a jurisprudência o entendimento de que caso a dívida que originou a inscrição no cadastro seja objeto de discussão judicial, configura-se abusiva a conduta de remeter o nome do consumidor ao cadastro de proteção ao crédito. Destaco, a propósito, a ementa abaixo transcrita:

CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO DE SEU NOME EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MONTANTE DA DÍVIDA OBJETO DE CONTROVÉRSIA EM JUÍZO. INADMISSIBILIDADE.

Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei 8.078, de 11.09.90, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é objeto de discussão em juízo¹⁰⁴.

Ressalte-se, ainda, que a doutrina entende que dentro da qualidade das informações inclui-se a sua não-excessividade, ou seja, os dados coletados e passíveis de serem repassados restringem-se àqueles estritamente relacionados com a inadimplência. Assim, não podem ser repassados quaisquer outros dados, inclusive os de natureza cadastral¹⁰⁵.

5.5.1.2 Direito à prévia comunicação

Outro direito de fundamental importância é o de o consumidor ser previamente comunicado sobre a sua inscrição no cadastro¹⁰⁶. Tal direito visa justamente permitir que o consumidor previna-se contra a inscrição, demonstrando que não há veracidade na alegação do fornecedor, pois quitou a dívida, ela não está vencida ou o valor informado é incorreto, por exemplo. Ainda que seja correto o fato informado com o pedido de inscrição, poderá o consumidor evitar o registro quitando a dívida. Assim, é de grande importância a observância da prévia ciência.

A jurisprudência, inclusive, já se consolidou no sentido de que cabe à entidade responsável pela administração do cadastro o dever

de informar o consumidor antes de efetivar o seu registro e que o descumprimento leva à indenização do consumidor¹⁰⁷.

5.5.1.3 Direito ao acesso dos dados e sua retificação

Possui o consumidor o direito de acesso às informações existentes nos cadastros, nos termos do art. 43, *caput*, do CDC. E como corolário de tal prerrogativa, há o direito à retificação de eventuais dados incorretos, estabelecido pelo § 3º do art. 43¹⁰⁸. Assim, constatando a existência de dados incorretos, o consumidor possui o direito à sua retificação, que deverá ser imediatamente providenciada pelo arquivista mediante a apresentação das provas sobre a incorreção dos dados. O arquivista, após efetivar a imediata correção deverá, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos destinatários dos dados, ou seja, aos usuários de seus serviços, em especial ao fornecedor do dado incorreto. Necessário esclarecer que o fato de ter sido efetivada a retificação não elide a responsabilidade de indenização do consumidor pela circunstância de ter sido enviado e registrado dado incorreto. Por outro lado, se não for efetivada a retificação do dado incorreto, agrava-se o dano causado ao consumidor, aumentando-se, assim, o valor a ser reparado.

Importante também acrescentar que o direito à ciência e retificação dos dados não deriva apenas das normas do CDC, mas, igualmente, dos preceitos da Constituição Federal, havendo, inclusive, o direito à utilização de *habeas data* caso desrespeitado o direito de acesso ou da retificação. A fim de não deixar qualquer dúvida quanto à possibilidade de utilização do *habeas data*, estabelece o art. 43, § 4º, que “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”.

5.5.1.4 Direito à limitação temporal do registro

O art. 43 do CDC refere-se ao prazo máximo de manutenção dos dados em duas normas. Com efeito, o § 1º dispõe que as informações negativas não podem ser mantidas por um período

superior a cinco anos. Já o § 5º estabelece que “consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”.

A interpretação é a de que prevalece o menor prazo, ou seja, ou o de cinco anos ou o da prescrição da ação de cobrança da dívida, caso este último seja igual ou inferior a cinco anos. Nesse sentido, inclusive, o STJ editou a Súmula 323, que possui o seguinte enunciado: “A inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito por, no máximo, cinco anos”.

Nesse contexto, o prazo máximo que uma informação pode constar do Cadastro é de cinco anos. No entanto, caso ocorra a prescrição em prazo inferior, os bancos de dados não poderão continuar a manter a informação em seus registros. Reproduzo, a propósito, as seguintes ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

Consumidor. Recurso especial. Cadastros de inadimplentes. Inclusão do nome do devedor. Retirada. Decurso de cinco anos ou prescrição do direito de cobrança do débito.

— O nome do devedor inadimplente há de ser mantido nos cadastros de proteção ao crédito pelo período máximo de cinco anos, a contar da data de sua inclusão. No entanto, há possibilidade de haver sua exclusão antes do decurso desse prazo se verificada a prescrição do direito de propositura de ação, visando à cobrança do débito”[109](#).

“Cadastro negativo. Art. 43, §§ 1º e 5º, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte.

1. Dois são os momentos previstos na lei para impedir a persistência dos registros negativos: o prazo de cinco anos ou a prescrição, se menor. No caso, sem que haja a identificação do título que deu origem ao registro, não pode prevalecer a manutenção deste, porque impossível verificar se já ocorreu a prescrição”[110](#).

Ademais, há de ser esclarecido que o prazo de prescrição mencionado no § 5º do art. 43 do CDC não é o da ação executiva ou da ação cambial, mas sim o da ação de cobrança. Reproduzo, a propósito, as seguintes ementas de julgados de ambas as turmas de direito privado do STJ nesse sentido:

Consumidor. Agravo no recurso especial. Banco de dados. Registro. Prazo.

— A prescrição a que se refere o Art. 43, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor é da ação de cobrança e não da ação executiva¹¹¹.

CIVIL. BANCO DE DADOS. SERASA. REGISTRO. PRAZO. ARTIGO 43, § § 1º E 5º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

A “prescrição relativa à cobrança de débitos”, cogitada no § 5º do artigo 43, CDC, não é da ação executiva, mas de qualquer ação de cobrança.

O registro de dados negativos em serviços de proteção ao crédito deve ser cancelado a partir do quinto ano (§ 1º do artigo 43, CDC)¹¹².

Outra questão polêmica diz respeito à contagem do prazo de cinco anos. A interpretação dominante é que a contagem inicia-se a partir do vencimento da dívida.

5.5.2 Responsabilidade civil pelo registro indevido

Por registro indevido entende-se aquele efetivado em desobediência a qualquer um dos requisitos de registro válido. Assim, por exemplo, ocorre registro indevido em qualquer hipótese de deficiência da qualidade da informação (informação inverídica ou excessiva, por exemplo), bem como se não houver a ciência prévia do consumidor ou for-lhe negado o direito de acesso ou retificação dos dados incorretos, ou, ainda, se o fornecedor não informar o posterior pagamento do débito.

Incide, inclusive, responsabilidade solidária entre o fornecedor das informações e o registrador. O fornecedor por haver solicitado o registro irregular. O registrador por ter efetivado o registro sem cercar-se dos cuidados de verificação da regularidade do registro, o que abarca, inclusive, a relação entre bancos e o CCF (Cadastro de cheques sem fundos).

Saliente-se que a responsabilidade civil incide inclusive na hipótese de se tratar de utilização fraudulenta de CPF por terceiros, já que caberia ao fornecedor diligenciar no sentido de averiguar se os dados fornecidos pertencem ao contratante ou se são falsos. Este é o entendimento da nossa melhor jurisprudência, como se pode averiguar da ementa abaixo transcrita:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. SPC. CPF. Documento falso. Estelionato.

A empresa vendedora (Ponto Frio) que levou ao SPC o número de CPF do autor usado pelo estelionatário no documento falso com que obteve o financiamento concedido pela vendedora deve indenizar o dano moral que decorreu do registro indevido do nome do autor no cadastro de inadimplentes, pois o descuido da vendedora foi a causa do fato lesivo que atingiu o autor, terceiro alheio ao negócio¹¹³.

No que pertine à indenização, cumpre recordar que o CDC adotou o princípio da reparação integral, conforme estabelece o seu art. 6º, VI do CDC¹¹⁴. O principal significado é o de que todos os danos efetivamente ocasionados devem ser indenizados, o que engloba tanto os prejuízos materiais como os morais.

A possibilidade de cumulação de indenização por danos materiais e morais decorre não somente da sua previsão no CDC, mas também – e principalmente – em razão da norma constitucional contida no art. 5º da Constituição do Brasil. Em coerência com tais

normas, a nossa jurisprudência vem remansosamente admitindo a cumulação, constituindo importante exemplo a Súmula 37 do STJ¹¹⁵.

A indenização por danos materiais engloba todo prejuízo material suportado pelo consumidor em razão do registro indevido. Por exemplo, imaginemos que o consumidor perdeu a oportunidade de um emprego por estar com o nome em um cadastro e fazer parte da política do empregador não contratar pessoas com cadastro negativo. Ou, então, alguém que deixou de adquirir o produto em uma promoção e somente pôde comprar posteriormente por um valor maior. Ou, ainda, um consumidor que não conseguiu adquirir um produto necessário para a conservação de outros (por exemplo, uma geladeira). Faz-se, porém, necessária a comprovação pelo consumidor da exata dimensão do seu dano material em cada caso concreto.

Já os danos morais são gerados automaticamente a partir da inscrição indevida, por ter sido violada a sua privacidade, patrimônio de seu direito de personalidade. Assim, não há falar em comprovação da ocorrência dos danos morais, uma vez que a sua violação decorre automaticamente da inscrição indevida. Transcrevo, a propósito, a seguinte ementa de julgado do STJ:

CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NO CADASTRO DE DEVEDORES DO SERASA. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. DANO MATERIAL. INEXISTÊNCIA.

A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material¹¹⁶.

Obviamente, a demonstração no caso concreto de uma situação de enorme constrangimento (como, por exemplo, a não consumação de uma compra perante os familiares, com maus-tratos pelo lojista)

é importante para a quantificação da indenização, mas não para a prova da ocorrência da violação ao patrimônio moral. Em suma, a questão de alteração do bem-estar psicofísico e a sua intensidade são matérias que aludem à quantificação do dano, mas não à sua incidência¹¹⁷.

Ressalte-se, inclusive, que a obrigação de indenizar ocorre também na hipótese de manutenção da informação negativa por prazo superior ao permitido.

Já a não-informação do pagamento da dívida ou a não-retificação de dado incorreto gera indenização por danos morais e materiais. É, ainda, crime tipificado no art. 73 do CDC: "Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata". A pena prevista é a detenção de um a seis meses ou multa.

5.6 Cadastros de reclamação fundamentada

Enquanto o art. 43 regula os requisitos de um banco de dados endereçado à proteção dos fornecedores, o art. 44 trata de um cadastro de proteção dos consumidores. Assim, estipula o art. 44 a obrigação dos órgãos públicos de manter "cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente".

Tais cadastros assumem grande importância. Em primeiro lugar servem aos consumidores, que podem ter uma idéia clara de quais são os setores e fornecedores que apresentam maior índice de reclamação. Ademais, podem dimensionar com qual intensidade os fornecedores que constam do cadastro incidem em infringência a direitos dos consumidores, bem como se eles costumam entrar em acordo com os consumidores para resolver os eventuais conflitos que venham a ocorrer. Ademais, os consumidores poderão identificar os fornecedores que possuem um padrão superior de atendimento, seja por não constarem do cadastro, seja por possuírem poucos registros e atenderem às demandas existentes.

Assim, tais cadastros são importantes para conferir transparência às relações de consumo, bem como diminuírem a vulnerabilidade do consumidor, na medida em que as informações neles contidas são de grande utilidade para o exercício de seu direito de escolha. Permitem que ele reflita se vai ou não adquirir determinado produto ou serviço, além de fornecer parâmetros para o consumidor escolher melhor o seu fornecedor naquelas atividades econômicas em que há diversos concorrentes.

O cadastro de reclamações fundamentadas é também um importante instrumento para os próprios órgãos de defesa do consumidor, na medida em que lhes permite identificar os setores e empresas que apresentam maiores problemas, e, assim, desenvolver estratégias especiais (por exemplo, intensificando a fiscalização e a propositura de ações coletivas). A atuação estratégica dos órgãos de defesa do consumidor em tais setores, delineada a partir dos dados obtidos com o cadastro, permite, inclusive, a intensificação de medidas coletivas, tais como o estabelecimento de câmaras técnicas de discussão de medidas de harmonização setoriais e, quando não obtida a correção voluntária da postura dos fornecedores, a intensificação da fiscalização e a propositura de ações coletivas¹¹⁸.

Os órgãos de defesa do consumidor, no exercício de suas atividades, costumam diferenciar a consulta da reclamação. **Consulta** é todo questionamento efetivado pelo consumidor visando uma orientação do órgão. Já a **reclamação** dá-se quando o consumidor noticia uma lesão a seu direito¹¹⁹. Tanto a consulta quanto a reclamação podem ser feitas de forma pessoal ou a distância (por telefone, carta, fax ou meio eletrônico).

Por seu turno, a **reclamação fundamentada** pode ser conceituada como a reclamação em que o órgão de proteção, após análise de seu conteúdo¹²⁰, examinando as evidências apresentadas e a defesa do fornecedor, posiciona-se no sentido de haver lesão a um direito do consumidor. Em outras palavras, é a reclamação em que o órgão administrativo verifica se há fundamento na alegação de que a conduta do fornecedor violou um direito do consumidor.

Outro conceito importante é o de **reclamação atendida**, que corresponde àquela que, embora tenha tramitado como reclamação, foi resolvida pelo fornecedor antes do encerramento do processo administrativo. Ou, em outras palavras, trata-se de reclamação no curso da qual houve composição entre o consumidor e o fornecedor. Já a **reclamação não atendida** é aquela que foi encerrada sem que o fornecedor tenha se composto com o consumidor.

Obviamente, é muito mais grave uma reclamação fundamentada não atendida do que aquela que foi atendida. Por tal motivo, a lei determina que “a divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor” (art. 44, *caput*, do CDC).

Estabelece ainda o § 1º do art. 44 o dever de o órgão de defesa do consumidor dar publicidade aos dados colhidos, cuja divulgação deve ser feita no interregno mínimo de um ano. Em São Paulo, tal publicidade dá-se pela publicação no *Diário Oficial* do Estado de São Paulo, além de ser editado um caderno especial, que é fornecido gratuitamente, bem como pela hospedagem do cadastro na *home page* da Fundação PROCON¹²¹.

Tal publicidade é essencial para garantir efetivo acesso dos consumidores às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. Garantir tal acesso constitui, assim, um dever dos órgãos públicos de defesa do consumidor.

Possuem direito de acesso todos os interessados, que normalmente são os consumidores, a imprensa e os próprios fornecedores. O direito de acesso dos fornecedores deriva não somente da norma do § 1º do art. 44 do CDC, mas da própria Constituição Federal. Com efeito, sendo tais cadastros oficiais, aplica-se o preceito do art. 5º, LXXII, da CF, relacionado ao *habeas data*¹²².

Importante destacar que a inscrição de um fornecedor no cadastro deve ser sempre precedida do devido processo legal, sendo, assim, mediada por um processo administrativo em que

possa exercer o seu direito de defesa e, inclusive, ter a oportunidade de atender à demanda do consumidor¹²³.

O § 2º do art. 44 prescreve a aplicação “no que couber, das mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste Código”. Cabe efetivar a interpretação de tal aplicação extensiva.

A primeira remissão dirige-se às disposições do art. 43. Neste contexto aplicam-se os preceitos relacionados com a qualidade da informação (art. 43, § 1º), devendo haver veracidade nos dados constantes do cadastro. Assim, não poderá ser registrada uma reclamação não fundamentada, bem como deverá ser correta a classificação como atendida ou não atendida.

Assiste ao fornecedor, ainda, o direito à retificação de uma informação errônea. Poderá, por exemplo, pleitear a retirada do registro, na hipótese de não ser fundamentada a reclamação do consumidor ou modificar a classificação de não atendida para atendida.

Outra aplicação importante é a do tempo máximo de permanência da informação no cadastro, que será de cinco anos, por força do art. 43, § 1º. Assim, as informações constantes do cadastro de reclamações fundamentadas somente poderão ficar disponíveis pelo prazo de cinco anos.

Já a remissão feita ao parágrafo único do art. 22 tem como alvo a hipótese de o órgão público de defesa do consumidor descumprir a sua obrigação e não divulgar o cadastro de reclamações fundamentadas. Neste caso, qualquer interessado poderá ingressar com ação judicial para compelir o órgão público a cumprir a sua obrigação¹²⁴.

Destaco, ainda, um segundo aspecto relacionado com a remissão ao art. 22, que seria a possibilidade de indenização por registro indevido, ressalvando, no entanto, que tal indenização somente poderia ocorrer na hipótese de ter havido dano comprovado.

Finalmente, deve ser destacado que a inclusão de um fornecedor no cadastro de reclamações fundamentadas não impede a imposição das sanções administrativas previstas no art. 56 do CDC em

decorrência de práticas abusivas ou transgressões a outros preceitos da legislação de proteção ao consumidor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman. Comentários aos artigos 12 a 27 do CDC. *In: Oliveira, Juarez (Coord.). Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. O conceito jurídico de Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, p. 69-79, fev. 1988.

_____. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BESSA, Leonardo. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Coelho, Fábio Ulhoa. Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

EFING, António Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Bancos de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Faria, Werter. Direito da concorrência e contrato de distribuição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Forgioni, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Marques, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Marques, Cláudia Lima; Almeida, João Batista de; Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do CDC aos bancos**: ADIN 2591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso "T" vs. "A": em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 221-240, out./dez. 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. *In: Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto*. **Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POSSAS, Mário Luiz; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais. **Revista Arché Interdisciplinar**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 29, p. 121-144, 2001.

Salomão Filho, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIDIGAL, Geraldo. A Lei de Defesa do Consumidor: sua abrangência. **Cadernos ICBC**. São Paulo, n. 22 – Lei de defesa do consumidor, p. 5-27, 1991.

1 Há determinadas práticas que reforçam cláusulas igualmente abusivas previstas em contratos. *V.* MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 574. *V.*, também, NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 512.

2 BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 250, adota a seguinte definição: “Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São – no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz – ‘condições irregulares de negociação nas relações de consumo’, condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes”.

3 Obviamente poderá, nestes casos, haver infração a disposições de outras leis.

4 O art. 2^o, *caput*, do CDC possui a seguinte redação: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

5 Tal aspecto é bastante salientado na doutrina finalista. *V.*, especialmente, MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 278/280; e BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 628, p. 77-78, fev. 1988.

[6](#) Sobre o *conceito econômico de consumidor* v. VIDIGAL, Geraldo. A Lei de Defesa do Consumidor: sua abrangência. **Cadernos ICBC**. São Paulo, n. 22 – Lei de defesa do consumidor, p. 5-27, 1991.

[7](#) V., a propósito, EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 46; e ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26-27.

[8](#) STF, Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira Contestada 5847, Rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, 17-12-1999. O julgamento foi objeto de inúmeros comentários, destacando-se o excelente art. de MARQUES, Cláudia Lima e TURKIENICZ, Eduardo. Caso “T” vs. “A”: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, out./dez. 2000.

[9](#) Cumpre transcrever o seguinte trecho do voto do Min. Eros Grau sobre o tema: “4. Também não resta dúvida no que tange à caracterização do cliente de instituição financeira como consumidor, para os fins do art. 170 da Constituição do Brasil. A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo. (...) O art. 2º do Código diz que ‘consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. E o § 2º do art. 3º define como serviço ‘qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista’. Assim temos que, para os efeitos do Código do Consumidor, é ‘consumidor’, inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Isso não apenas me parece, como efetivamente é, inquestionável. Por certo que as instituições financeiras estão, todas elas, sujeitas ao cumprimento das normas estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor”.

[10](#) Para uma análise mais detalhada das diversas interpretações jurisprudenciais v. PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. *In*: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos e PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[11](#) STJ, 2ª Seção. REsp 541867/BA, Rel. Min. Barros Monteiro (p/ acórdão). DJ de 16-5-2005, p. 227.

[12](#) STJ, 3ª Turma, AgRg em REsp 687239/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 2-5-2006, p. 307. No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 660026/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 27-6-2005, p. 409; STJ, 4ª Turma, REsp 661145/ES, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 28-3-2005, p. 286.

[13](#) *V.*, a propósito, acórdãos do Tribunal de Justiça da Paraíba e do Tribunal de Justiça do Paraná citados em MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 582.

[14](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 162-163: "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 uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais".

[15](#) Neste sentido é a posição de MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 561.

[16](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, cit., p. 366, discordava desta interpretação, entendendo que as cláusulas gerais dos arts. 6º, IV, e 39, IV e V, já se prestavam ao papel de "janelas ampliativas" aptas a permitir o enquadramento de outras condutas abusivas.

[17](#) NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 516, leciona que: "é preciso, no entanto, entender que a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados. O lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno. Da mesma maneira, o pacote de viagem oferecido por operadoras e agências de viagem não está proibido".

[18](#) É esta a posição de NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 516-517.

[19](#) NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 516 e p. 519, apresenta posição divergente, entendendo que apenas a situação de crise autoriza a limitação

quantitativa.

[20](#) STJ, 1ª Turma, REsp 744602/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 15-3-2007, p. 264.

[21](#) Inclusive, a mesma prática foi objeto também de investigação pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Foi instaurado processo administrativo, entendendo-se que a conduta seria capitulada como exclusividade de venda passível de gerar limitação à concorrência. A empresa firmou Termo de Correção de Prática, comprometendo-se a cessar a exclusividade.

[22](#) Foi ajuizada a ADIn 1094 perante o STF, cuja medida cautelar foi negada, não se vislumbrando, no juízo sumário, infringência à Constituição no estabelecimento da responsabilidade objetiva.

[23](#) *V.*, a propósito, as definições de FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1; POSSAS, Mário Luiz; PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais. **Revista Arché Interdisciplinar**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 29, p. 124, 2001; *Forgioni*, Paula. **Fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 269; e *Faria*, Werter. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 32.

[24](#) A jurisprudência do CADE tradicionalmente exige a comprovação de poder de mercado para que haja a possibilidade de serem gerados efeitos anticoncorrenciais. *V.*, a propósito, dentre outros: PA 57/92, DOU de 5-12-1997, Rel. Antônio Fonseca e a Representação n. 147/93, Rel. Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho, DOU de 19-9-1997, Seção I, p. 20744.

[25](#) *V.*, na doutrina, a posição de COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94**. São Paulo, Saraiva, 1995.

[26](#) Nesse contexto dispõe o § 1º do art. 20 da Lei n. 8.884/94 que não configura ilícito a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores.

[27](#) No que tange à dominação dos mercados, cumpre destacar o entendimento de *Salomão Filho*, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122, que defende que o termo está relacionado a qualquer limitação efetiva ou potencial da concorrência. Nesse sentido, não importa o grau da limitação nem é preciso definir, econômica ou matematicamente, o significado do

termo, já que, a seu ver, haverá dominação do mercado toda vez que existir risco de lesão (limitação ou eliminação) da concorrência.

[28](#) O caso paradigmático na adoção da regra da razão pela Suprema Corte dos EUA foi: *Standard Oil Company of New Jersey et alii v. United States. V.*, a propósito, *Forgioni*, Paula. **Fundamentos do antitruste**, cit. p. 185-186, que esclarece a técnica jurídica empregada: “quando aplicada, essa regra faz com que não haja a composição do suporte fático necessário à incidência da norma que determinaria a ilicitude do ato (no caso, o art. 1º do Sherman Act). Isto é, para que seja composto o suporte fático previsto na hipótese normativa, necessário se faz que a prática em questão restrinja a concorrência de forma não razoável, sendo esse fator componente (indispensável) do mesmo suporte fático. Sem esse, o suporte fático não se completa, a incidência da norma é afastada e, por óbvio, suas conseqüências (a vedação, a ilicitude) não se produzem. Tem-se, então, como resultado, a licitude da prática restritiva da concorrência”.

[29](#) A este respeito já salientou o CADE: “É sabido que a lei estabelece no citado art. 21 formas meramente exemplificativas de indícios de práticas anticoncorrenciais, não esgotando nem limitando as práticas passíveis de punição. Assim, a eventual abusividade de tais condutas deverá ser investigada no contexto econômico que se deu, fazendo-se então necessário delimitar corretamente o mercado relevante, verificar o grau de poder dominante do agente e aferir os impactos que a conduta em análise pode eventualmente produzir nesse mercado, ou se já tenha causado algum efeito sobre o ambiente concorrencial” (PA 08000.020787/96-62, Rel. Conselheira Lúcia Helena Salgado, **DOU** de 5-11-1997, seção I, p. 25083).

[30](#) COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 64-65.

[31](#) Para uma leitura aprofundada do caso *v. FONSECA*, João Bosco Leopoldino da, *op. cit.*, p. 202-207.

[32](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 361, assevera ser compreensível que “tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude”. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 512, assevera que as práticas abusivas “são ilícitas em si, apenas por existirem no mundo fenomênico”.

- [33](#) STJ, 1ª Turma, REsp 677585/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13-2-2006, p. 679.
- [34](#) STJ, 5ª Turma, RO em HC 12378/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 24-6-2002, p. 317.
- [35](#) E a eventual recusa deverá ser motivada de forma objetiva, demonstrando a inscrição em cadastro de proteção ao crédito.
- [36](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 380-381.
- [37](#) O art. 14 da Lei n. 9.656/98 estabelece que “em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”.
- [38](#) No que tange à configuração de infração contra a ordem econômica, valem as mesmas observações feitas à venda casada. A norma do art. 21, XIII, é a seguinte: “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”.
- [39](#) *V.*, a propósito, MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao CDC**, cit., p. 562.
- [40](#) STJ, 4ª Turma, REsp 258.156/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 11-12-2000, p. 210, e *LexSTJ*, v. 141, p. 220.
- [41](#) STJ, 3ª Turma, REsp 318.372/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17-5-2004, p. 213, e *RSTJ*, v. 192, p. 330.
- [42](#) STJ, 4ª Turma, REsp 265121/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *RDC*, n. 45, p. 322.
- [43](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 371.
- [44](#) NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 533, destaca que: “A intenção da lei é permitir que o consumidor saiba de antemão qual o preço do produto que vai ser executado e qual o custo dos componentes, tudo separadamente. É desta maneira que ele poderá melhor averiguar os preços da concorrência e, eventualmente, até levar ao prestador de serviços as peças que adquirir em outro lugar, mais baratas”.
- [45](#) Posição partilhada por NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 535.
- [46](#) BENJAMIN, Antônio Herman *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 371.

[47](#) STJ, 3ª Turma, REsp 332869/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 2-9-2002, p. 184.

[48](#) Nesse sentido, MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao CDC**, cit., p. 580; e NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 536.

[49](#) O art. 70 do CDC estabelece pena de detenção de três meses a um ano e multa para a conduta de "empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor".

[50](#) NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 523, afirma que: "A norma Constitucional não permite que, sem autorização expressa, alguém repasse a outrem informação de terceira pessoa, do que decorre que, sem autorização, o fornecedor não pode repassar a ninguém *nenhuma* informação a respeito do consumidor: nenhuma: nem informação positiva e muito menos depreciativa".

[51](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 367-369.

[52](#) A ABNT define a normalização como: "atividade que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto". Disponível em: <http://www.abnt.org.br/downloads/conheca_abnt/historicoabnt.pdf>, p. 92. Acesso em: 22 abr. 2008.

[53](#) Nesse contexto, segundo afirma a própria ABNT: "Normas são um elemento complementar de proteção ao consumidor. Elas contribuem para tornar a vida mais fácil e para aumentar a confiança, segurança e eficácia dos bens e serviços utilizados por toda a sociedade. De instruções para gravadores de vídeo a requisitos de segurança para fogões, a normalização permite que os consumidores tenham confiança na qualidade dos produtos e serviços que eles adquirem". Disponível em: <http://www.abnt.org.br/downloads/conheca_abnt/historicoabnt.pdf>, p. 92. Acesso em: 22 abr. 2008.

[54](#) O consumidor, em razão de sua vulnerabilidade técnica e da impessoalidade na relação de consumo, não tem como aferir a adequação dos produtos e serviços utilizados.

[55](#) NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 524, leciona que: “em primeiro lugar é importante registrar que nenhuma norma técnica baixada por qualquer instituto oficial (ou não) credenciado pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra autorizada a funcionar pelo CONMETRO terá validade se contrariar as disposições da Lei n. 8.078”.

[56](#) Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/sinmetro.asp>>. Acesso em: 22 abr. 2008.

[57](#) STJ, 1ª Turma, REsp 597275/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25-10-2004, p. 232.

[58](#) STJ, 1ª Turma, REsp 416211/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Brasília, 4-5-2004.

[59](#) As atribuições dos Comitês e das NOS constituídas no âmbito da ABNT podem ser pesquisadas no seguinte endereço eletrônico: http://www.abnt.org.br/downloads/conheca_abnt/historicoabnt.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2008.

[60](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 373.

[61](#) A matéria é extremamente controvertida. A posição é abonada por BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 373.

[62](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 373, partilha do posicionamento de que o art. 39, VIII, aplica-se somente às normas obrigatórias. Observa, ainda, que “é bom lembrar que 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”.

[63](#) BENJAMIN, Antônio Herman (**Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 382) partilha desta opinião.

[64](#) *V.*, a propósito, sentença proferida pelo Exmo. Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo nos autos n. 053.02.018466-5, que julgou subsistente sanção aplicada pela Fundação Procon de São Paulo a instituição financeira que cobrou tarifa pela emissão do extrato anual para fins de imposto de renda.

[65](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 382.

[66](#) STF, Tribunal Pleno, ADI-QO 319/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 30-4- 1993, p. 7563.

[67](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, *op. cit.*, p. 382, observa que “ao referir-se a ‘fórmula’ ou ‘índice’ no singular, o texto legal, adotando a tendência crescente da doutrina e da jurisprudência, proíbe a utilização de vários índices alternativos no mesmo contrato, posto que claramente abusiva”.

[68](#) Neste contexto já se posicionou expressamente o STJ, ressaltando que o controle das tarifas por órgãos estatais decorre do art. 175 da Constituição Federal. Transcrevo, a propósito, o seguinte trecho de ementa de acórdão: “6. A CRT – Brasil Telecom, sendo concessionária de serviços públicos de telecomunicações, tem como órgão regulamentador e fiscalizador a Agência Nacional de Telecomunicações. Cabe a esta a delimitação das concessões e o estabelecimento das políticas tarifárias (art. 175 da CF)”. Cf. STJ, 1ª Turma, REsp 572906/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28-6-2004, p. 199.

[69](#) STJ, 1ª Turma, REsp 626019/SC. Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 4-4-2005, p. 188.

[70](#) STF, 2ª Turma, AgI-AgR 268857/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 4-5-2001.

[71](#) *V.*, dentre outros: STF, 1ª Turma, RHC 64.931/RJ, Rel. Min. Oscar Correa, DJ de 29-5-1987, p. 10521; STF, 1ª Turma, RHC 31.541, Rel. Min. Luis Gallotti, DJ de 8-12-1952, p. 5513.

[72](#) GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 116.

[73](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 385, elucida que o dispositivo sofreu grande influência da Lei dos Estados Unidos da América conhecida como *Fair Debt Collection Practices Act*, promulgada em 1977.

[74](#) ALMEIDA, João Batista, *op. cit.*, p. 96.

[75](#) GAMA, Hélio Zagheto, *op. cit.*, p. 118, assevera com propriedade que o constrangimento referido difere daquele estabelecido no Código Penal.

[76](#) *V.*, a propósito, BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 389.

[77](#) STJ, 1ª Turma, REsp 122.812/ES, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, **DJ** de 26-3-2001, p. 369.

[78](#) STJ, 1ª Turma, REsp 430.812/MG, Rel. Min. José Delgado, **DJ** de 23-9-2002, p. 273. Nesse mesmo sentido há diversos outros exemplos, tais como o STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 298.017/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, **DJ** de 27-8-2001, p. 230; e STJ, 1ª Turma, REsp 223.778/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, **DJ** de 13-3-2000, p. 143, entre outros.

[79](#) Que possui a seguinte redação: "Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso quando houver inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

[80](#) STJ, 1ª Turma, REsp 363.943/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, **DJ** de 1ª-3-2004, Primeira Seção, maioria de votos. Tal entendimento vem sendo seguido pelo STJ, inclusive no que tange à prestação do serviço de água. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 337.965/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, **DJ** de 8-11-2004; STJ, 2ª Turma, REsp 123.444/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, **DJ** de 14-2-2005; STJ, 1ª Turma, REsp 600.937/RS, Rel. Min. Francisco Falcão (p/acórdão), **DJ** de 8-11-2004; e STJ, 1ª Turma, REsp 623.322/PR, Rel. Min. Luiz Fux, **DJ** de 30-9-2004.

[81](#) STJ, 2ª Turma, REsp 510.478/PB, Rel. Min. Franciulli Netto, **DJ** de 8-9-2003, p. 312, em que constou da ementa: "Não será o Judiciário, entretanto, insensível relativamente às situações peculiares em que o usuário deixar de honrar seus compromissos financeiros em razão de sua hipossuficiência, circunstância que não se amolda ao caso em exame".

[82](#) STJ, 4ª Turma, REsp 285.262/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, **DJ** de 17-2-2003, p. 312.

[83](#) STJ, 1ª Turma, REsp 631.246/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, **DJ** de 23-10-2006, p. 259.

[84](#) STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 559.349/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, **DJ** de 10-5-2004, p. 249.

[85](#) Tal acórdão faz expressa ressalva de que o entendimento sobre a possibilidade de corte de energia elétrica “deve ser abrandado se o corte puder causar lesões irreversíveis à integridade física do usuário, isso em razão da supremacia da cláusula de solidariedade prevista no art. 3º, I, da CF/1988” (**Informativo de jurisprudência do STJ**) n. 309. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em 23 fev. 2007.

[86](#) Estabelece o parágrafo único do art. 42 que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

[87](#) A propósito, cumpre transcrever a seguinte reflexão de MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 593-594: “A ‘causa’ do enriquecimento do consumidor neste caso é o contrato e o abuso do fornecedor, em outras palavras, o enriquecimento é legítimo e legitimado justamente pelo parágrafo único do art. 42 do CDC, visando socialmente atingir uma maior boa-fé, lealdade, cooperação e cuidado na cobrança de dívidas. Somente assim o efeito pedagógico previsto no CDC acontecerá e a prática mudará no País, pois não pode valer a pena cobrar indevidamente do mais fraco, do vulnerável, baseando-se em cláusula que ‘eu mesmo redijo e imponho ao cliente’. Cobrar indevidamente e impunemente de milhões de consumidores e nunca ser condenado à devolução em dobro é que seria fonte de enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito oriundo do abuso do direito de cobrar”.

[88](#) STJ, 1ª Turma, REsp 263.229/SP, Rel. Min. José Delgado, **DJ** de 9-4-2001, p. 332, e **JBCC**, v. 190, p. 245.

[89](#) STJ, 4ª Turma, REsp 328.338/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, **DJ** de 30-6-2003.

[90](#) STJ, 4ª Turma, REsp 200.267/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, **DJ** de 20-11-2000. Transcrevo o seguinte trecho da ementa: “A pretensão de devolução dos valores pagos a maior, em virtude do expurgo de parcelas judicialmente declaradas ilegais, é cabível em virtude do princípio que veda o enriquecimento sem causa, prescindindo da discussão a respeito de erro no pagamento”.

[91](#) STJ, 4ª Turma, REsp 184.237/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, **DJ** de 13-11-2000, p. 146. Transcrevo o seguinte trecho da ementa: “Em se tratando, como na

espécie, de contrato de abertura de crédito em conta corrente, o pedido de restituição dos valores pagos a maior não exige a prova do erro, pois não há que se falar em pagamento voluntário, já que os débitos são lançados na conta pela própria instituição financeira credora”.

[92](#) STJ, 3ª Turma, REsp 187.717/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, **DJ** de 6-12-1999, p. 85. Destaco o seguinte trecho da ementa: “O que recebeu o que não era devido deve restituir, sendo certo que se não pode considerar pagamento voluntário quando é efetuado para evitar possíveis constrangimentos”.

[93](#) Transcrevo, a propósito, trechos de ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “4. A cobrança de valores excessivos nos contratos, segundo jurisprudência firmada pela 2ª Seção, afasta a mora do devedor, não sendo cobrável a multa respectiva” (STJ, 3ª Turma, REsp 323.172/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, **DJ** de 1º-4-2002). No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, AgRg REsp 253.953/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, **RSTJ**, v. 151, p. 238.

[94](#) STJ, 3ª Turma, REsp 619.352/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, **DJ** de 29-8-2005, p. 333; e STJ, 3ª Turma, REsp 528.186/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, **DJ** de 22-3-2004, p. 298.

[95](#) STJ, 3ª Turma, REsp 710.183/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki (p/ acórdão), **DJ** de 2-5-2006, p. 254. Afirmou-se que “não se pode considerar culposa a conduta da Caixa na aplicação de normas em torno das quais se estabeleceu intensa controvérsia jurisprudencial, como é o caso daquelas disciplinadoras dos contratos firmados no âmbito do SFH”.

[96](#) Corrente capitaneada por BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 396.

[97](#) Corrente liderada por *Nunes*, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 549.

[98](#) V. BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit.

[99](#) *In verbis*: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

[100](#) BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 397: “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”.

[101](#) *V.*, a propósito, BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastros de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao CDC**, cit., p. 611; e BENJAMIN, Antônio Herman. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**, cit., p. 400.

[102](#) STF, Tribunal Pleno, ADIn 1.790/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

[103](#) Estabelece o art. 43, § 1º, do CDC que “os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão”.

[104](#) STJ, 4ª Turma, REsp 170.281/SC, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 21-9-1998, p. 207. No mesmo sentido: REsp 426.257, 187.356 e 213.580. Na doutrina *v.*, sobretudo, BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p. 260-263.

[105](#) *V.*, sobretudo, Bessa, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p. 186-187.

[106](#) Nos termos do art. 43, § 2º, do CDC, “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

[107](#) STJ, 4ª Turma, REsp 373.250/DF, Rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, j. 28-5-2002; e STJ, 4ª Turma, REsp 285.401/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, j. 19-4-2001.

[108](#) Estabelece o art. 43, *caput*: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”. Já o seu § 3º estabelece que “o consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas”.

[109](#) STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag. 630.893/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, DJ de 7-3-2005, p. 251.

[110](#) STJ, 3ª Turma, REsp 469.859/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DJ de 1º-9-2003, p. 282.

[111](#) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 844.523/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 2-10-2006, p. 280.

[112](#) STJ, 4ª Turma, REsp 541.413/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 15-12-2003, p. 318.

[113](#) STJ, 4ª Turma, REsp 404.778/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 12-8-2002, p. 222.

[114](#) Estabelece o art. 6º, VI, do CDC constituir direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

[115](#) Transcrevo o enunciado da Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

[116](#) STJ, 4ª Turma, REsp 332.622/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 11-11-2002, p. 221. No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 470.538/SC, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 24-11-2003, p. 301.

[117](#) BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p. 245, afirma que: “A inscrição irregular em cadastro de banco de dados sempre gera danos morais, por violar a honra e privacidade das pessoas, que compõem o seu direito de personalidade”.

[118](#) Os órgãos de defesa do consumidor são legitimados para propositura de ações civis públicas e ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 82, III, do CDC.

[119](#) A título de exemplo, a Portaria Normativa PROCON n. 21, de 12-4-2005, editada pela Fundação PROCON do Estado de São Paulo define consulta como o pedido que “objetive uma informação ou orientação a respeito de assuntos de interesse do consumidor, ainda que a matéria não seja relativa a relação de consumo” (art. 6º, *caput*). Ademais, define reclamação como “o registro em que, observados os requisitos dos arts. 3º e 4º, apresente-se notícia de lesão ou ameaça a direito do consumidor, nas relações de consumo” (art. 7º, *caput*).

[120](#) A Portaria Normativa PROCON n. 21, de 12-4-2005, estabelece em seu art. 9º, § 6º, os seguintes requisitos que serão analisados para que se possa classificar como fundamentada uma reclamação apresentada por um consumidor: “Para caracterização da reclamação fundamentada, apta a integrar o cadastro de que

trata o art. 44, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, será analisada a notícia ou ameaça de lesão apresentada, quanto à verossimilhança das alegações e quanto ao nexo de causalidade entre os fatos narrados e a lesão ou ameaça de lesão neles apontados, não se exigindo, para tanto, a comprovação de sua efetiva ocorrência”.

[121](http://www.procon.sp.gov.br) Cujo endereço é: <<http://www.procon.sp.gov.br>>.

[122](#) Dispõe aludido inciso que o *habeas data* será concedido: “a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

[123](#) A Portaria Normativa PROCON n. 21 institui um processo administrativo em que é assegurada ampla defesa do fornecedor para se manifestar. Tal processo prevê, ainda, como regra, a existência de uma audiência para conciliação entre o consumidor e preposto do fornecedor, mediada por técnicos do PROCON. *V.*, a propósito, arts. 9º e 10 da Portaria PROCON n. 21.

[124](#) A propósito, *v.* ALMEIDA, João Batista de, *op. cit.*, p. 98.

6 SUPERPOSIÇÃO DE CONTRATOS

Véra Maria Jacob de Fradera

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; mestre e doutora em Direito pela Universidade de Paris II; advogada em Porto Alegre.

6.1 Introdução

O tema proposto pelos ilustres professores, organizadores desta obra, Teresa Ancona Lopez e Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, revela-se pleno de dificuldades, sendo objeto de controvertidos debates doutrinários, por tratar da superposição de contratos, no Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Este tema poderia ter sido objeto de maiores e mais aprofundadas reflexões, desde os anos 90, quando da publicação do Código de Defesa do Consumidor, ao encontrar-se este face a face com o antigo diploma civil de 1916. Infelizmente, esse fato não suscitou maiores reflexões.

A razão para essa espécie de omissão, ou lacuna, estaria no fato de o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, ter representado uma forma de atualização do Código Civil de 1916, à época, bastante defasado pelo tempo e pelos avanços e/ou transformações da sociedade brasileira, justamente nos três alicerces da vida privada, quais sejam, a família, a propriedade e o contrato, esse último ocupando, neste momento, nossa atenção mais intensamente.

Acrescente-se a isso o fato de a Constituição Federal de 1988 ter absorvido o papel de eixo central do ordenamento naquela época, justamente por ser posterior ao Código Civil de 1916, promovendo, então, uma verdadeira revolução na maneira de visualizar o contrato, pois nele foram projetados os direitos fundamentais e os valores da República, a exemplo do ocorrido em outros países, onde conviviam (e, em alguns casos, ainda convivem) Códigos antigos e Constituições recentes, como na Alemanha e na França, por exemplo.

Esse movimento acabou determinando a publicização do direito privado, assumindo a Constituição o papel de renovação dos textos dos Códigos Civis.

Em conseqüência, percebe-se nítida a influência de aspectos do pós-modernismo no relacionamento direito privado/direito público, no sentido de que as diversas áreas não são mais vistas como estanques, pois todos os aspectos do direito se comunicam, nada é totalmente público ou privado.

Da mesma forma, houve uma abertura dos diferentes microsistemas, uns em relação aos outros, como ocorreu, naquele momento, entre o Código Civil de 1916 e o Código de Proteção do Consumidor.

Ademais, há de ser referida a preocupação com o Homem, colocado como centro de interesse da Ordem Jurídica, redundando essa ação na expressiva consideração aos seus direitos fundamentais, anteriores e superiores ao Estado, além de a este oponíveis sempre que necessário.

Esta forma de visualizar a questão tem origem na Jurisprudência dos Interesses, de Philipp Heck¹, seu criador, e Karl Larenz, seu seguidor, em várias passagens de sua vasta produção científica. Este pensamento consiste, basicamente, em interpretar a lei, levando em conta as suas valorizações e as do ordenamento jurídico como um todo, refletindo as normas constitucionais a ordem dos valores de uma sociedade².

No Brasil, a partir de 1988, a sociedade valoriza a igualdade, a solidariedade, a confiança, a saúde, a propriedade, o trabalho etc.,

pois assim o proclama a Constituição Federal, em seu art. 3º, I, onde está dito ser objetivo da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; no inciso IV desse mesmo artigo, está escrito: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 5º proclama o princípio da igualdade.

De que maneira esses direitos fundamentais podem ter incidência no plano do direito civil, mais precisamente no plano dos contratos e no das relações de consumo?

De acordo com a doutrina alemã, seguida pela nacional nesse peculiar aspecto, a expressão “direitos fundamentais” traduz uma valorização formal dos direitos do homem no direito constitucional moderno, tendo por missão irrigar todo o ordenamento, não mais sendo entendidos como meras limitações ao poder do Estado, porquanto invadem a totalidade das relações jurídicas em sua totalidade, sendo essenciais ao conceito de Estado.

Esta doutrina penetrou em todos os setores do direito brasileiro³, de modo que o contrato passou a ter uma interpretação onde são valorizados os direitos fundamentais dos contratantes, tais a igualdade, a proporcionalidade, a solidariedade.

Desta sorte, nas relações de consumo, reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, há uma forte projeção de valores constitucionais, sobretudo no referente ao direito de igualdade, atingido mediante a presença do poder estatal, pela edição de normas protetivas, de Ordem Pública, cujo destinatário é o consumidor, visando restabelecer a igualdade e o equilíbrio violados em razão da hipossuficiência e da vulnerabilidade desse consumidor, diante do produtor e/ou fabricante, vendedor, ou importador.

Com base nessas reflexões, é fácil perceber porque, somente agora, há uma maior preocupação com a forma de relacionamento entre o Código novo e o Código de Defesa do Consumidor, mais a Constituição, como uma espécie de pano de fundo.

Efetivamente, a situação hoje é um pouco distinta daquela vivenciada em 1988 e 1990, pois, apesar de o projeto de Código Civil datar de 1975, foi publicado em 2002, com vigência em 2003,

tendo absorvido muitas das soluções preconizadas pela Doutrina nacional e algumas das adotadas pela Jurisprudência dos anos 90, tratando-se de algo insólito e recente, no cenário jurídico brasileiro.

Assim, entendemos ter o Código Civil de 2002 retomado a posição de eixo central do sistema, atraindo para a sua órbita a maioria das relações privadas, desde que seus atores sejam qualificados como formalmente iguais. Veja-se o exemplo do Direito de Empresa, absorvido pelo novo ordenamento civil e regulado nos arts. 966 a 980.

Ora, a presença de uma lei especial, o Código de Defesa do Consumidor, gravitando em torno desse eixo central, o Código Civil, poderá dar lugar, em certas circunstâncias, a um conflito de competências, digamos assim, quando as duas leis, a geral e a especial, regularem a mesma matéria, no caso concreto, contratos e relações de consumo, de vez que ambas absorveram a publicização e a projeção de direitos fundamentais, em seus conceitos de contrato e relação de consumo.

Resta-nos, pois, indagar da possibilidade de abertura entre o novo Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Esta é, em síntese, a temática sobre a qual devemos discorrer a seguir.

Para tanto, adotaremos um plano dividido em duas partes, sendo que, na primeira parte, trataremos das divergências existentes entre contratos e relações de consumo; na segunda parte deste estudo, trataremos das possíveis convergências entre contratos e relações de consumo, aventando duas fórmulas para solucionar as dificuldades de relacionamento entre as duas esferas, a existência de vulnerabilidade de uma das partes e a aplicação do princípio, constante do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

6.2 As divergências entre os contratos do Código Civil de 2002 e os “contatos” no Código de Defesa do Consumidor de 1990

À guisa de preliminar ao estudo a ser desenvolvido, faremos uma breve digressão em torno do contrato em sentido clássico e do denominado “contato social” ou relação de consumo, colocando em evidência os elementos essenciais de cada uma das formas de relacionamento, apontando, após, as suas diferenças.

6.2.1 A relação contratual – uma expressão da autonomia privada, em razão da liberdade e da igualdade; seus fundamentos

O tema proposto vem sendo discutido, de maneira mais freqüente, a partir do momento da publicação do Código Civil de 2002, com entrada em vigor em 2003, quando, em face da preexistência do Código de Defesa do Consumidor, foram colocados, frente a frente, dois conjuntos de leis, tendo como seus destinatários pessoas distintas, dotadas de características próprias, além de distanciados no tempo⁴, encerrando em seu bojo algumas relações jurídicas com idêntica nomenclatura, contudo, de acordo com nosso pensamento, intrinsecamente diferentes.

Com efeito, o Código Civil apresenta-se como um texto carregado de ideologia e de valores, características próprias desse tipo legislativo, como refere a professora Camille Jauffret-Spinosi⁵ tais a liberdade, sobretudo a liberdade contratual, a igualdade⁶ e, no caso brasileiro, a socialidade e a operabilidade⁷.

O primeiro passo a ser dado para atingirmos nosso objetivo é tentar fixar um conceito de contrato.

6.2.1.1 O conceito de contrato no âmbito do Código Civil de 1916

A concepção de contrato decorre de vários fatores, sejam ideológicos, políticos, econômicos ou históricos. No caso do nosso ordenamento, variadas influências se fizeram presentes em nosso conceito de contrato, as quais foram determinantes para a sua configuração atual.

Com efeito, após sofrer uma lenta evolução doutrinária e jurisprudencial, desde a época colonial, quando vigoraram as Ordenações do Reino, que já representavam um verdadeiro amálgama de influências as mais diversas⁸, o conceito de contrato, adotado pela Doutrina e Jurisprudência nacionais, à época da vigência do Código Civil de 1916, que não o definiu, é revelado pela adoção de uma concepção muito próxima daquela constante do *Code Civil* de 1804⁹, qual seja, o "contrato é um ato jurídico bilateral, pois depende de, no mínimo, duas declarações de vontade, visando criar, modificar ou extinguir obrigações (direitos relativos de conteúdo patrimonial)"¹⁰.

Desta sorte, os primeiros 60 anos do Código de 1916 foram marcados pelo voluntarismo, pelo individualismo e pela concepção, de raiz francesa, de que o *contrato faz lei entre as partes*.

Com as naturais alterações produzidas na economia, em decorrência de múltiplos fatores, com destaque para a industrialização do Brasil, surge a constatação do declínio do liberalismo e do voluntarismo, inaugurando-se, então, uma fase onde a presença do Estado na vida privada foi deveras importante.

Como não poderia deixar de ocorrer, pois a vida das sociedades sofre permanentes modificações, mediante avanços e recuos, sucedendo-se no tempo, e ensejando as necessárias alterações reclamadas pela sociedade, o ordenamento jurídico deve acompanhar a sociedade que é chamada a regular. O intervencionismo vai, aos poucos, dando lugar a uma outra concepção, a do direito privado como uma *estrutura escalonada de interesses*¹¹, ou seja, o direito público interfere apenas naqueles assuntos onde tem interesses a proteger ou a desenvolver, deixando outras áreas livres à iniciativa e regulação dos privados.

Desta sorte, aparece no cenário jurídico a regulação das relações de consumo, espécies de *contatos* sociais, regidos de forma cogente pelo Estado, devido à existência de um membro frágil, em um dos pólos dessas relações, o denominado consumidor, reputado hipossuficiente, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista cultural.

Ao mesmo tempo, o Estado abre certos setores à regulação pelos privados, tendo em vista alguns segmentos, como o das Empresas, dos Negócios Internacionais, alguns setores da família, como a união estável, expressão da privatização da regulação das relações afetivas, da possibilidade de ser realizada a partilha, na sucessão hereditária, em Cartório, por tabelião, desde que haja consenso entre os herdeiros e sejam todos capazes. Surge ainda a possibilidade de ser escolhida forma alternativa de solução de litígios, a arbitragem, em se tratando de direitos patrimoniais e de natureza disponível. Importante referir aqui que a base da arbitragem é um contrato, pelo qual as partes concordam em submeter o seu litígio a um tribunal arbitral, constituído por juízes não estatais. Assim, a arbitragem é contratual por sua origem e jurisdicional por sua função.

Em muitos outros aspectos o direito brasileiro revela-se com essa feição, ora extremamente intervencionista, ora bastante liberal.

O modelo de contrato existente no Código Civil de 1916 era unitário, porque não distinguia entre *ato* e *negócio* jurídicos, entendendo a doutrina ser o contrato “um acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”¹².

É preciso salientar que tampouco o direito romano conhecia as diferentes espécies de atos jurídicos, pois eram, antes de tudo, juristas práticos, pouco interessados por temas de natureza dogmática¹³.

A doutrina francesa, inspiradora de muitos legisladores, tampouco foi adepta da divisão entre atos e negócios jurídicos, pois a considerava demasiado complexa, como bem atesta a manifestação de Jean Combaeu, a propósito do ato jurídico, que, segundo ele,

“ocupa, na vasta mansão do direito, uma peça obscura, e nós nela adentramos com mais facilidade do que dela saímos”¹⁴. O mesmo autor refere que os sistemas jurídicos criados por povos mais voltados à sistematização teórica de instituições esparsas lograram articular a divisão em atos e fatos jurídicos em torno das intenções daquele a quem esses são imputáveis. Não foi essa, como se sabe, a opção dos romanos, nem tampouco a dos franceses, inclinados por uma concepção unitária de ato jurídico.

Com efeito, a distinção entre essas duas espécies de fatos jurídicos foi estabelecida, pela primeira vez, em decorrência dos estudos esclarecedores da doutrina alemã. Infelizmente, o legislador do Código de 1916 não recebeu essa contribuição, porque, à época, reinava todavia grande dúvida na civilística alemã, a propósito das fronteiras distintivas entre esses dois relevantes fatos jurídicos, os atos e os negócios, sendo o contrato a sua mais importante espécie.

As nítidas fronteiras entre as duas espécies de fatos jurídicos foram finalmente fixadas pelos alemães, a partir do exame da possibilidade ou não, para o declarante, de estabelecer efeitos jurídicos de acordo com a sua vontade, com o reconhecimento do ordenamento jurídico¹⁵.

Devemos, a seguir, analisar o mesmo tema na esfera do novo Código Civil.

6.2.1.2 O conceito de contrato no Código Civil de 2002

Já o atual Código, publicado em 2002, segue, neste passo, o modelo germânico, reconhecendo uma diferença entre ato jurídico lícito e negócio jurídico, ambos espécies do gênero fato jurídico. A doutrina brasileira, representada nesse âmbito por Pontes de Miranda, Clóvis do Couto e Silva, Orlando Gomes e José Carlos Moreira Alves, este último legislador da Parte Geral do Código de 2002, adotou, nesse aspecto, as grandes linhas traçadas pelos juristas alemães, incluindo, no novo Código Civil, os atos jurídicos¹⁶

e os negócios jurídicos, cuja definição provém da doutrina nacional, anterior à publicação desse Código.

O negócio jurídico corresponde àquela espécie de fato jurídico, onde a autonomia privada é autorizada, pela lei, a criar efeitos jurídicos segundo a vontade das partes, observando os limites fixados pela Ordem Jurídica, a Ordem Pública e os Bons Costumes.

Segundo Clóvis do Couto e Silva¹⁷, o negócio jurídico é um conceito elaborado a partir da distinção entre os diferentes graus de valorização da vontade pela ordem jurídica, conceituando-o como o "ato suscetível de ser condicionado, de suportar a imposição de um encargo ou de ser submetido a um termo". O contrato é a espécie mais notável de negócio jurídico, sendo conceituado pela doutrina como negócio jurídico bilateral, cujo objetivo é o de criar, modificar ou extinguir obrigações.

O contrato, por se tratar de uma construção, necessita ser edificado sobre uma estrutura.

6.2.1.3 A estrutura do contrato

A estrutura do contrato é fundada em certos princípios, tais os da autonomia privada¹⁸, do consensualismo, da força obrigatória do contrato, da relatividade e o da boa-fé objetiva. Este tema dos princípios jurídicos incidentes nos contratos, ainda sendo de suma importância para o deslinde de nosso estudo, será analisado sem maior aprofundamento, para evitar-se a fuga ao objeto do estudo.

Assim sendo, relativamente à autonomia privada, hoje, tendo em vista o disposto no art. 421 do Código Civil de 2002, classificado como cláusula geral¹⁹, e sob forte inspiração no Projeto de Código Civil italiano de 1942, ela "deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato"²⁰. A inserção desse artigo vem provocando discussões e manifestações o mais das vezes contraditórias, na doutrina nacional. Ao mesmo tempo, a doutrina estrangeira revela surpresa diante dessa *novidade*, pois nem

mesmo o Código italiano de 1942, em cujo projeto original constava essa mesma cláusula, a adotou.

Entendemos tratar-se de apenas uma diretiva para o juiz, porquanto nem todos os contratos desempenham uma função social, além de que, normas redigidas de forma vaga e imprecisa não devem ser dotadas de cogência, pois, ao serem aplicadas pelo magistrado, resultam em fator de insegurança para a comunidade.

Outro princípio integrante da estrutura do contrato é o do consensualismo, segundo o qual os contratos formam-se, normalmente, mediante a troca de consentimentos²¹. O direito brasileiro, assim como o alemão, inspirado da concepção romana e tendo em vista a segurança das relações jurídicas, exige, para a transferência da propriedade, a prática de dois atos, um relativo ao plano das obrigações, e outro relativo ao campo dos direitos reais. Desta sorte, os contratos onde ocorre a transferência de propriedade não são consensuais, mas sim reais.

O princípio da força obrigatória do contrato diz respeito a um aspecto moralista da relação contratual, residindo na necessidade de cumprimento da avença, do dever de manter o contratante a palavra dada²², daí a expressão "o contrato faz lei entre as partes", cunhada pelo legislador do *Code*, hoje alterada para "o contrato cria direitos e obrigações para as partes".

O princípio da relatividade do contrato diz com as partes a ele obrigadas, sendo o contrato considerado "a coisa das partes", *la chose des parties*, como dizem os franceses²³. Lamentavelmente, dada a exigência de cumprimento da função social, os contratos civis, no Brasil, nem sempre serão relativos apenas aos contratantes.

Por fim, o princípio da boa-fé objetiva, tema por demais tratado entre nós (ainda que no nosso entendimento fosse mais adequado usar o vocábulo *maltratado*), diz com o reconhecimento de uma regra externa às partes, cuja origem está nos usos de tráfico, obrigando os contratantes ainda que esses a ela não tenham feito qualquer referência.

Por outro lado, deve ser mencionado, dada a sua relevância, o conceito econômico de contrato, pois ele constitui o veículo de circulação de riquezas, movimentando os mercados internos, os regionalizados e os internacionais.

Sendo o contrato produto de uma construção, ele é erigido sobre pressupostos, vocábulo cuja origem está no direito processual e diz com os elementos extrínsecos ao contrato, isto é, as condições sob as quais ele se desenvolve e pode desenvolver-se.

Por outro lado, os *pressupostos* dizem também respeito às partes (devem ter capacidade e legitimidade) e ao objeto (deve ser lícito, física e juridicamente).

O contrato exige igualmente determinados requisitos para a sua perfeição. Assim, são entendidos como requisitos *aquilo que se requer no contrato como elementos intrínsecos*, dizendo respeito ao plano da sua validade, tais o consentimento, a causa, o objeto e a forma, de modo que, para que o contrato seja válido, é preciso que se conjuguem as duas espécies de elementos, os extrínsecos (pressupostos) e os intrínsecos (requisitos).

Dependendo do tipo de contrato, pode ocorrer uma fase de discussão antes de sua conclusão. São os contratos onde há uma construção em camadas, ou seja, aos poucos, as partes vão ajustando os seus interesses, que serão incorporados aos termos do contrato, futuramente estabelecido entre elas. Os contratos internacionais constituem o campo onde essa construção é a regra²⁴.

Durante essa fase, denominada de pré-contratual, as relações entre as partes são regidas pelo princípio da confiança, princípio reitor desse momento, onde ainda não há vínculo jurídico, circunscrevendo-se o relacionamento das partes ao mundo dos fatos, ou ao que denominou Jean Carbonnier *non-droit*²⁵.

De acordo com a lição de Karl Larenz, a confiança é o *reflexo da moral social*, pois “uma vida em comum, pacífica ou próspera, não é possível sem um mínimo de confiança; uma sociedade na qual

cada um desconfiasse do outro, conduziria a um estado de guerra latente”²⁶.

Contudo, ainda sendo essa fase pré-contratual pertencente tão-somente ao mundo dos fatos, se, no seu desenrolar, uma confiança fosse gerada em uma das partes, tendo em vista a conduta da contraparte, haveria uma responsabilização, com base na proibição de *venire contra factum proprium*, isto é, a proibição de atentar contra a coerência contratual e de comportar-se em desacordo com os próprios atos²⁷, além de atentar contra a segurança jurídica.

Outro momento de capital importância, na formação do contrato, é o da união das duas vontades, o momento em que a oferta e a aceitação se fundem, gerando, desta sorte, um novo contrato.

Se fôssemos instados a apontar o traço mais inovador do tema referente aos contratos, no recente Código Civil brasileiro, nos inclinaríamos por qualificá-lo como dotado de valores predominantemente comercialistas, em vez dos moralistas, que o impregnavam, na vigência da legislação de 1916, de acordo com as idéias então vigentes.

Postas essas brevíssimas considerações a propósito do contrato e de sua formação, no plano do Código Civil de 2002, passaremos a nos reportar ao tema da relação de consumo, visando estabelecer seus contornos e limites, sempre em uma perspectiva comparativa entre as duas formas de relacionamento jurídico, para, em seguida, pôr em relevo as suas diferenças.

6.2.2 A relação de consumo, um contato social dotado de efeitos jurídicos

No início dos anos 40, na Alemanha, Günther Haupt, em um pequeno ensaio²⁸, intitulado “Sobre as relações contratuais fáticas”, demonstrou que o conceito de negócio jurídico havia se tornado demasiado estreito para englobar todas as hipóteses de manifestações de vontade, detendo-se em sua análise, com maior

acuidade, na questão das relações decorrentes do tráfico de massa, onde as manifestações volitivas, capazes de produção de efeitos jurídicos, não são sempre escritas ou verbais, podendo resultar de gestos ou comportamentos concludentes. Isso tem maior ocorrência no denominado tráfico em massa, ou seja, naquelas relações do dia-a-dia, onde são produzidos efeitos jurídicos, a partir de uma vontade nem sempre qualificada, mas calcada na confiança²⁹.

De acordo com o pensamento de Haupt, o contrato nem sempre implica o encontro entre uma oferta e uma aceitação, pois um contrato *fático* (*faktischer Vertrag*) ou *comportamento social típico* (*sozialtypisches Verhalten*) pode ter origem em uma relação de massa. As relações assim configuradas teriam sua fonte no contato social³⁰, uma espécie de “elemento de conexão” entre os contratos de tipo clássico, uma categoria de contato social mais próximo, e as relações fáticas, derivadas do contato social mais remoto, menos próximo, como ocorre na relação de consumo e na responsabilidade civil extracontratual.

Na verdade, a origem dessa categoria de relações jurídicas remonta à *common law*, onde, há muito tempo, são reconhecidos os *contracts for necessities*, constituindo esses *contracts* uma exceção à regra geral, segundo a qual um menor não pode ser responsabilizado pelo valor de um bem por ele adquirido. Contudo, quando o bem servir a debelar uma sua necessidade, o menor será responsabilizado pelo seu pagamento. Para tanto, o bem necessário deve ter sido entregue a ele dentro dos limites de seu crédito³¹. A origem das relações de consumo estaria neste conceito da *common law*³².

Já Clóvis do Couto e Silva cunhou a expressão “atos existenciais” para designar situações não reconduzíveis às classificadas como contratos, nem passíveis de serem reputadas como atos-fatos³³, porque bilaterais.

Com efeito, sob a denominação geral de atos existenciais, compreende-se uma grande variedade de atos *que diferem entre*

si, mas que *têm em comum* a característica de todos visarem *atender às necessidades básicas* do indivíduo, por exemplo, vestuário, alimentação, transporte, fornecimento de água e de energia elétrica etc. Assim sendo, sua prática se impõe a todos os indivíduos³⁴.

O grau de necessidade é um conceito variável no tempo e no espaço, a *necessidade vital* varia de uma sociedade para outra, de uma época para outra, dependendo do tipo de cultura e do grau de evolução de uma sociedade.

Esses atos, praticados no dia-a-dia de todos, constituem uma parcela do chamado *tráfico em massa*, cujo crescimento tem sido enorme, caracterizando-se pela *tipificação e standardização das relações jurídicas que o constituem*. A sua tipificação, às vezes, é legal, outras vezes, decorre da prática constante e idêntica dos mesmos atos por todos ou por uma parcela significativa da sociedade, criando uma certa cogência, integrando usos e costumes do tráfico jurídico³⁵.

A percepção, pela doutrina, da prática desses atos no meio social fez surgir uma indagação: podem as relações jurídicas do tráfico em massa, que têm como finalidade uma prestação existencial, ser qualificadas como negócio jurídico, e, mais precisamente, como contratos?

O problema foi examinado pelos alemães, sobretudo pelo já mencionado G. Haupt³⁶, ao perceber uma certa *crise* da noção de negócio jurídico e na de contrato, pois algumas relações, ainda semelhantes a contratos, não se estabeleciam a partir de manifestação de vontade.

Dentre as relações compreendidas nesta categoria das relações contratuais fáticas³⁷, situamos aquelas criadas pelo tráfico em massa, no campo das prestações existenciais (transporte, alimentação, vestuário, medicamentos, energia elétrica, água etc.). Nestes casos, a conduta gera um efeito jurídico, independentemente da existência de capacidade da parte³⁸.

A Doutrina situa o fundamento da atribuição de efeito jurídico a tais manifestações no princípio da proteção da confiança, um dos pilares da relação jurídica, podendo ser invocado em terreno ainda não abrangido pela noção de contrato. Assim sendo, vale dizer que certas formas de contato social são protegidas pelo direito³⁹.

Desta sorte, já à primeira vista, percebe-se que há uma efetiva e intransponível distância entre os *contratos* previstos no Código Civil e os *contatos ou relações de consumo* regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, em que pese a Doutrina mais destacada na matéria reputar tais contatos como contrato⁴⁰.

À guisa de melhor exposição da matéria, podemos enumerar alguns dos mais destacados elementos que os distinguem, a saber:

1) em primeiro lugar, nos contratos regulados pelo Código Civil, a necessária capacidade e legitimidade para a prática de contratos, a igualdade formal entre as partes⁴¹, além da relatividade dos contratos, isto é, só excepcionalmente os contratos atingem terceiros;

2) existência de fase preliminar, representada pelas negociações, característica dos contratos, quando seu objeto represente um valor importante; e,

3) a regulação do contrato mediante um maior número de normas dispositivas.

Já no plano do Código de Defesa do Consumidor, pode haver vínculo jurídico entre as partes, independentemente de capacidade, pois, como visto, o seu fundamento está situado no princípio da confiança, princípio reitor das relações sociais, enquanto ainda pertencentes ao mundo dos simples fatos ou do *non-droit*.

No concernente às partes⁴², membros dessa relação, elas são, por definição, desiguais, seja economicamente, seja culturalmente, daí a necessidade de uma lei que proteja os mais fracos. A opção pela proteção, às vezes exagerada da parte reputada como mais fraca, sobretudo no Brasil⁴³, tem produzido abusos em nosso meio, além de os dados da análise econômica do direito confirmarem que

o custo do protecionismo prejudica a eficiência do sistema jurídico em seu conjunto, porque o seu custo é superior às suas vantagens.

Contudo, talvez o aspecto mais marcante referente à distinção entre contrato e contato esteja no rompimento do tradicional princípio da relatividade no âmbito das relações de consumo, gerando conseqüências dantes nunca vistas, em outro campo, o da responsabilidade civil.

Outro traço distintivo entre a relação de consumo e os contratos é a nítida publicização daquela, pois, no Código de Proteção ao Consumidor, predominam as normas cogentes, tendo o legislador ocupado todo o espaço destinado a manifestações dos partícipes da relação de consumo. Além disso, o próprio legislador do Código de Defesa do Consumidor proclama serem as normas reguladoras da relação de consumo de Ordem Pública⁴⁴.

Ainda dentro da esfera da publicização das relações de consumo, no que tange à redação de contratos redigidos mediante condições gerais de negócios, o legislador do Código de Defesa do Consumidor fulmina de nulidade a cláusula reputada como abusiva, violando, assim, um dos planos do negócio jurídico e, em conseqüência, do contrato, pois a sanção jamais poderia ser a de nulidade, e sim a de ineficácia⁴⁵, como dispõem as Diretivas europeias sobre a matéria, inspiradas do direito alemão.

Passaremos, no próximo segmento deste estudo, à análise dos aspectos em que se vislumbra uma certa convergência, entre o Código Civil e o Código de Proteção ao Consumidor, no referente a alguns aspectos de contratos que são também contatos ou relações de consumo.

A temática que nos foi proposta tem como objeto, justamente, apontar soluções para a situação onde ocorra uma eventual superposição desses contratos.

6.3 As convergências entre os contratos do Código Civil de 2002 e os contratos do Código de Proteção do Consumidor: soluções possíveis

Para admitirem-se hipóteses de superposição de contratos previstos em duas distintas legislações, como são o Código Civil e o Código de Proteção do Consumidor, é preciso que se reconheçam entre elas pelo menos alguns pontos de contato, ou um certo grau de convergência, na disciplina da matéria.

Essa preocupação não é nova, pois o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, data de sua publicação, encontrou-se frente a frente com o Código Civil de 1916, apenas a situação era cronologicamente inversa: hoje, o Código de 2002, lei nova, se vê diante das leis consumeristas, datadas de período anterior.

Esta questão vem sendo debatida nos meios acadêmicos e doutrinários, tendo ainda o próprio legislador⁴⁶, há longos anos, e com caráter de generalidade, buscado soluções para tais hipóteses.

Na Europa, merece destaque a teoria do *diálogo das fontes*, elaborada na Alemanha, tendo como principal mentor o professor Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, cujo pensamento vem sendo divulgado entre nós, mediante as obras de sua discípula, Cláudia Lima Marques⁴⁷.

Em França, Jean Calais-Auloy afirma uma estreita correlação entre o direito civil e o direito do consumidor⁴⁸, enquanto, no mesmo país, Jean-Pierre Pizzio advoga a proteção do consumidor mediante o direito comum das obrigações⁴⁹, pois constata que a proteção da parte mais fraca, seja ela consumidor ou não, tornou-se um objetivo comum ao direito do consumidor e ao das obrigações, renovado por uma jurisprudência criadora, surgindo, a partir daí, uma espécie de complementaridade obrigatória.

No Brasil, ainda merece ser destacado o estudo do professor Paulo Luiz Netto Lôbo, a respeito dos princípios sociais dos contratos no Código do Consumidor e no novo Código Civil⁵⁰, em razão de sua proposta de aproximar os dois documentos legislativos pelos

princípios comuns, que os informam, tais a boa-fé objetiva, a transparência, a lealdade etc.

Merece igualmente destaque, neste preciso campo, o estudo de Luciano B. Timm, publicado em 1998, intitulado *Da prestação de serviços*⁵¹, onde propõe a construção de uma categoria unitária de prestação de serviços no direito brasileiro, aplicando, nesse mister, dados da análise econômica do direito.

Em meio a tantas alternativas aventadas como solução para a questão da eventual superposição de contratos do Código Civil que estejam também regulados no Código de Defesa do Consumidor, optamos pelo critério da vulnerabilidade, por considerar ser o mais adequado a peculiar natureza da relação de consumo.

6.3.1 O critério da vulnerabilidade da parte como uma das fórmulas a delimitar as fronteiras entre a relação civil e a consumerista

Vimos já, ainda que *en passant*, a quantidade de formulações produzidas em torno da indagação sobre os limites entre contrato e *contato* ou *relação de consumo*.

Diante de tantas alternativas possíveis, inclinamo-nos pela adoção do critério da *vulnerabilidade*, para determinarmos quando uma prestação de serviços deve ser regulada pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, de acordo com a sua etimologia, vulnerável provém do latim *vulnerabilis*, significando *aquilo que causa lesão*⁵².

Assim, numa relação de consumo, vulnerável é o consumidor, ou seja, *“toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*⁵³, pois se encontra em posição que pode ensejar seja “ferido” pelo fabricante, produtor, importador ou revendedor.

Já:

fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços⁵⁴.

Por outro lado, o fornecedor há de ser alguém que desenvolva tais atividades com habitualidade, caso contrário, não há de ser considerado fornecedor em sentido próprio.

Na esfera do Código de Defesa do Consumidor há, como se lê nos dois textos aqui reproduzidos, uma delimitação do papel de cada um dos atores da relação de consumo, diversamente do que ocorre no plano do Código Civil, onde os contratantes são denominados simplesmente *partes*, sendo seus papéis poucas vezes referenciados pelo legislador.

Desta sorte, na esfera consumerista, o consumidor adquire bens ou contrata serviços tendo em vista debelar uma necessidade própria, não para atuar no mercado, fazendo circular aquele bem ou serviço, como se fora um bem de capital, gerando riqueza para si.

Por outro lado, esse consumidor, por não ter como exercer qualquer tipo de influência sobre a produção de bens de consumo ou prestação dos serviços dos quais necessita, submete-se ao poder e às condições oferecidas pelos produtores de bens e serviços atuantes no mercado. Cria-se, desta sorte, uma hipossuficiência, da qual resulta uma desigualdade do consumidor diante do fornecedor, determinando a necessária intervenção do Estado, via aplicação da lei de proteção ao consumidor, para ser restaurado o equilíbrio violado.

Ao mesmo tempo, desfigura totalmente essa relação como contratual, pois a presença do Estado é tão forte, que resta apenas um diminuto espaço para a expressão das partes, desaparecendo os

elementos essenciais de uma relação contratual. Aqui, a parte fortalecida é o consumidor, por força da presença das regras cogentes criadas pelo Estado, sob pretexto de protegê-lo dos supostos desmandos do produtor, do vendedor ou do importador.

Ora, na esfera do Código Civil, a regra é a de que as partes são formalmente iguais, não havendo necessidade de o legislador socorrê-las, salvo casos excepcionais como diante da ocorrência de uma desigualdade derivada, seja de um estado de perigo⁵⁵, seja de uma vinculação sob premente necessidade ou inexperiência⁵⁶, configurando-se desta sorte uma lesão, tornando o contrato passível de ser anulado, pois, dada essa circunstância, não poderia atender a sua função econômico-social.

Contudo, admite-se possa esse mesmo negócio ser objeto de confirmação, uma vez cessado o perigo, conforme dispõe o art. 172 do Código Civil⁵⁷.

No curso do contrato, o Código Civil oferece remédios, como a possibilidade de resolução, admitindo pôr-se fim à relação contratual, ainda sem ocorrência de descumprimento, em face de uma desproporção efetiva entre as prestações recíprocas⁵⁸, aplicando-se, então, a teoria da excessiva onerosidade, de origem italiana, recepcionada pelo Código Civil de 2002.

Na verdade, com relação a esse tema, o legislador do Código Civil de 2002 aproximou-se bastante do Código de Defesa do Consumidor, ao prever a possibilidade de resolução, em face de uma situação de desproporção entre as prestações recíprocas das partes no contrato.

Não obstante, há diferença nas doutrinas jurídicas esposadas pelos dois Códigos, reinando, a respeito, um certo dissenso em nossa literatura jurídica.

Com efeito, os autores se dividem entre dois posicionamentos. Para uns, haveria uma semelhança muito grande entre os dois Códigos, no referente a esse assunto, exigindo o Código Civil que a desproporção tenha seu fundamento na superveniência de um fato extraordinário e imprevisível, enquanto o Código de Proteção do Consumidor não impõe essa condição da imprevisibilidade⁵⁹. Entendemos que a razão disso resida na presunção de

vulnerabilidade⁶⁰ do consumidor, decorrente dos termos do inciso I de seu artigo 4º ⁶¹.

Por outro lado, em face de uma desproporção entre as prestações do contrato, o legislador civil autoriza a sua resolução⁶², enquanto na esfera do Código de Defesa do Consumidor é preconizada tão-somente a revisão do contrato, conforme previsto na segunda parte do já mencionado inciso V do seu art. 6º, justamente, em nosso pensar, porque a relação de consumo, ou relação existencial, tem como objeto um bem ou serviço indispensável às necessidades básicas do consumidor⁶³.

Outra possível justificativa para a adoção dessa solução reside em que o Código de Defesa do Consumidor é mais recente do que o projeto de Código Civil, tendo o legislador daquele adotado a tendência à conservação do “contrato” (no caso, do contato), evitando ao máximo a resolução. Já o modelo do Código Civil, muito distanciado no tempo (1942, o modelo inspirador, e 1975, data da elaboração do projeto de Código), foi adepto da resolução em face da desproporção.

Temos, pois, aqui definida a vulnerabilidade⁶⁴ como um critério para vincular determinado contrato, que esteja previsto também como relação de consumo, como a prestação de serviços ou a empreitada, a uma ou a outra das duas legislações aqui examinadas: em presença de uma parte vulnerável, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, havendo igualdade entre as partes, o Código Civil.

Isto posto, passemos à análise das disposições do Código Civil de 2002, onde o seu legislador oferece desde já uma solução para eventuais situações de superposição de contratos.

6.3.2 Aplicação do princípio segundo o qual a norma geral não derroga a especial, quando estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes: o exemplo do contrato de serviços no

Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor

Este princípio, inscrito no art. 2º, § 2º de nossa Lei de Introdução ao Código Civil, datada de 1942⁶⁵ e todavia em vigor, pode ser invocado relativamente à solução para o problema aqui posto, da eventual superposição de contratos.

Assim, de acordo com o disposto no art. 593 do Código Civil de 2002, “a prestação de serviços que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial, reger-se-á pela disciplina deste Capítulo”.

Ora, como se depreende dos termos desse artigo referente ao contrato de prestação de serviços, no Código Civil, este mesmo se autoproclama como norma de caráter subsidiário, elegendo as leis especiais, quais sejam, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Defesa do Consumidor, como leis aptas a regular grande parte da matéria.

Por outro lado, levando-se em conta o raciocínio desenvolvido em item anterior (item 6.1), poder-se-ia escrever: *quando a prestação de serviços tiver como partes pessoas colocadas em situação de igualdade*, isto é, sem ocorrência de vulnerabilidade (Código de Defesa do Consumidor) ou de subordinação (relação trabalhista), *ela será regida pelo Código Civil*.

Contudo, haverá, ainda em se tratando de relação de consumo, a possibilidade de alguns de seus aspectos serem regidos pelo Código Civil, ocorrendo então a hipótese de complementaridade de suas normas relativamente às do Código de Defesa do Consumidor.

Como muito bem ponderado pela professora Teresa Ancona Lopez⁶⁶, um contrato de prestação de serviços, sendo também relação de consumo, ou seja, nele presente uma parte vulnerável, terá, segundo o raciocínio aqui exposto, a sua estrutura contratual regida pelas normas do Código Civil (Parte Geral e Parte Especial),

porquanto muitas das regras incidentes nos contratos e nas relações de consumo têm sua disciplina no Código Civil, o eixo central⁶⁷, como aquelas concernentes à mora, ao pagamento, às condições, termos e encargos, à solidariedade, à cláusula penal e à disciplina da responsabilidade civil. Desta sorte, resta comprovada a complementaridade da lei geral, o Código Civil⁶⁸, em relação à lei especial, o Código do Consumidor.

As ponderações que vimos de externar servem para outros tipos contratuais, disciplinados pelo Código Civil de 2002, que guardam semelhança com a relação de consumo genericamente denominada *prestação de serviços*, abrangendo-os amplamente.

Dentro desse marco, estão inseridos contratos clássicos, como os de prestação de serviços (antiga locação de serviços), a locação de coisa, a empreitada, cujo objeto seja a construção, a corretagem, o transporte, o mútuo feneratício, o seguro etc.

Com relação ao contrato de transporte, é preciso fazer uma observação, no referente à utilização do princípio, aqui mencionado, de que a lei geral não revoga a especial: o art. 732⁶⁹ representa uma exceção à regra aqui exposta, pois o legislador do Código Civil considera as normas especiais, no caso, como subsidiárias, contrariando, desta sorte, a regra geral⁷⁰.

6.4 Conclusão

Chegando ao final deste breve estudo, podemos concluir pela afirmativa de que, em face do estado atual de nosso direito positivo, transformado em um grande conjunto de normas jurídicas⁷¹, a maioria das vezes sem guardar uma mínima coerência entre si, porquanto as soluções são diferentes, nos vários conjuntos examinados, não se pode afirmar a existência de um verdadeiro sistema jurídico nacional⁷²; já em relação ao tema da superposição de contratos no Código Civil e no Código do Consumidor, é possível, como visto, encontrar uma forma de contorná-la, mediante o

emprego de soluções trazidas da esfera do próprio Código Civil, pela invocação de sua lei de introdução (lei geral não revoga lei especial) ou do próprio Código de Defesa do Consumidor (critério da vulnerabilidade).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

ARISTÓTELES. **The Nicomachean Ethics**. Trad. William D. Ross. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. p. 339. (*Britannica Great Books, 9*)

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 775, p. 11-17, maio 2002.

BARBERO, Domenico. Sistema del derecho privado. *Apud* AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais – transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, ano VII, n. VIII, p. 15-53, 1973/1974.

BLANCO, Dominique. **Négociier et rédiger un contrat international**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002.

CALAIS-AULOY, Jean. L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. **Revue Trimestrale de Droit Civil**, Paris, n. 2, avr.-juin 1994.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit – textes pour une sociologie du droit sans rigueur**. Paris: LGDJ, 1983.

CHABAS, François. **Leçons de droit civil**. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, t. II.

COMBACAU, Jean. L'acte juridique – Ouverture. **Revue Française de Théorie Juridique**, Paris, n. 7, 1988.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparè**. Paris: Es.n.J, 1988.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 40, p. 128 e s., 1987.

COUTO E SILVA, Clóvis do *et al.* **Estudos de direito civil brasileiro e português** (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificación social, tecnologia y derecho privado (dos esbozos)**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987.

ESSER, Joseph. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valetí. Barcelona: Bosch, 1961.

_____. Gedanken zur Dogmatik der faktischenn Schuldverhältnisse. **Archiv für die civilistische Praxis**. Tübingen, v. 157, p. 86-99, 1958/1959.

ESSER, Joseph *et al.* **Generalklausen als Gegenstand der Sozialwissenschaften**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1978.

FAGES, Bertrand. Le contrat est-il encore la chose des parties? *In*: MAZEAUD, Denis; JAMIN, Christophe (Coords.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Britto. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

FRADERA, Véra Maria Jacob. Tradition nationale et données historiques. *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ, 17, 2006, Utrecht, **XVII Congrès International De Droit Comparé**, Utrecht: Eleven International Publishing, 2006. No prelo.

_____. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor – uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 316 e s., jul./set. 2002.

FRADERA, Véra Maria Jacob; WALD, Arnaldo; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GHESTIN, Jacques. La notion de contrat. *Revue Française de Théorie Juridique*, Paris, n. 12, p. 7-24, 1990.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

HAUPT, Günther. **Über Faktische Vertragsverhältnisse**. Leipzig: Weicher, 1943. t. 2.

HECK, Philipp. Rechtsphilosophie und die Interessenjurisprudenz. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, v. 43, p. 127-196, 1937.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2001, verbete “vulnerabilidade”.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **O bicentenário do Código Napoleão e a presença do direito francês na América Latina**. Brasília: [s.n.], 2004.

LARENZ, Karl. **Allgemeiner des deutschen Bürgerlichen Rechts**. 4. ed. München: C.H. Beck, 1977.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 187 e s., abr./jun. 2002.

LOPEZ, Teresa Ancona. Comentários aos artigos 565 a 652. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luís. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fé: Rubenzal-Culzoni, 2005.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Konrad Adenauer-Stiftung: Berlim, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 28, v. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

_____. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; CAMPOS, Diogo Leite de; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Professor Arnoldo Wald**. Coimbra: Almedina, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. *In*: FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; FRANCIULLI NETO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

OPPETIT, Bruno. **Droit et modernité**. Paris: PUF, 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PISU, Luciana Cabella; NANNI, Luca. **Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli Anni Novanta**. Padova: CEDAM, 1998.

PIZZIO, Jean-Pierre. La protection des consommateurs par le droit commun des obligations. **Revue Trimestrale de Droit Commercial**, Paris, ano 51, n. 1, p. 53 e s., 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1 e 38.

RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 25, p. 11-30, 1979.

REALE, Miguel. **O Projeto de novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generale. **Rivista Critica di Diritto Privato**, Roma, v. 5, p. 79 e s., 1987.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 132, p. 7 e s., out./dez. 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

TIMM, Luciano B. **Da prestação de serviços**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

VENCHIARUTTI, Ângelo. L'attività contrattuale dell'incapace nel diritto inglese. *In*: PERELMAN, Chaim; VAN DER ELST, Raymond (Orgs.). **Les notions à contenu variable en droit**. Bruxellas: Émile Bruylant, 1984.

VOGEL, Louis. Recodification civile et renouvellement des sources internes. *In*: HALPERIN, Jean-Louis *et al.* **Le Code Civile 1804-2004, Livre du Bicentenaire**. Paris: Dalloz, 2004.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WIESE, Leopold Von. **System der Allgemeinen Soziologie**. Berlin, 1933.

[1](#) HECK, Philipp. Rechtsphilosophie und die Interessenjurisprudenz. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, v. 43, p. 127-196, 1937.

[2](#) Interessante observar a evolução da jurisprudência alemã, na aplicação dessa concepção. Obra emblemática a esse respeito é a coletânea organizada por Jürgen Schwabe, em versão para o português: MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

[3](#) O Código de Defesa do Consumidor tem origem em um modelo europeu, a Diretiva europeia sobre responsabilidade pelo fato do produto de 1985.

[4](#) O projeto de Código Civil de 2002 data de 1975 e o Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 8.078, é de 11 de setembro de 1990. Contudo, devido à entrada em vigor do Código Civil ter ocorrido somente em 2003, o Código de Defesa do Consumidor é considerado mais antigo.

[5](#) “Un code doit exalter les valeurs de la société dans laquelle il va s’appliquer, il doit avoir une inspiration, un souffle”, em JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **O bicentenário do Código Napoleão e a presença do direito francês na América Latina**. Brasília: [s.n.], 2004.

[6](#) A necessidade de existir uma igualdade contratual tem suas raízes na Antigüidade grega, na “Ética a Nicômaco” de Aristóteles, onde o filósofo afirma que geralmente o homem injusto é, ao mesmo tempo, aquele que viola a lei e aquele que toma para si mais do que lhe é devido, aquele que viola a igualdade. É possível concluir, a partir deste texto, em seu livro V, 1, que o “justo é aquele que respeita a igualdade”. Cf. ARISTÓTELES. **The Nicomachean Ethics**. Trad. ROSS,

William D. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. p. 339. (*Britannica Great Books*, 9).

[7](#) Para esses dois últimos conceitos, consultar REALE, Miguel. **O Projeto de novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7-12.

[8](#) Direito romano, visigótico, árabe, canônico etc. Escrevemos a respeito *in* FRADERA, Véra Maria Jacob. Tradition Nationale et Données Historiques. *In*: CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ, 17, 2006, Utrecht, **XVII Congrès International De Droit Comparé**, Utrecht: Eleven International Publishing, 2006.

[9](#) Art. 1.101 do Código Napoleão: o contrato é a convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam, em relação a uma ou a várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa. Segundo os comentaristas do *Code*, esta definição está baseada nos ensinamentos de Pothier. *V.*, a propósito, CHABAS, François. **Leçons de droit civil**. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, t. II, p. 49 e s. Sobre o mesmo tema, e ainda na doutrina francesa, consultar: GHESTIN, Jacques. La notion de contrat. **Revue Française de Théorie Juridique**, Paris, n. 12, p. 7-24, 1990.

[10](#) WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 188.

[11](#) A expressão é de Ludwig Raiser (O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 25, p. 11-30, 1979).

[12](#) GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.10.

[13](#) Consultar MOREIRA ALVES, José Carlos. O novo Código Civil brasileiro e o direito romano – seu exame quanto às principais inovações no tocante ao negócio jurídico. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; FRANCIULLI NETO, Domingos (Coords.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 116 e s.

[14](#) “L’acte juridique occupe, dans la vaste demeure du droit, une pièce obscure, et l’on y entre plus aisément qu’on n’en ressort”. Cf. COMBACAU, Jean. L’acte juridique – Ouverture. **Revue Française de Théorie Juridique**, Paris, n. 7, p. 7 e s., 1988.

[15](#) O ilustrado professor Francisco Amaral refere interessante concepção, de autoria de Domenico Barbero, para quem a distinção entre espécies de atos

jurídicos dá-se pela presença de elementos que se reúnem, o fenômeno, a vontade e a intenção. Quando se verifica o fenômeno, com eficácia jurídica, temos o ato jurídico. Se acrescentarmos a vontade, temos o ato jurídico, e se reunirmos o fenômeno, a vontade e a intenção, configura-se o negócio jurídico. V. BARBERO, Domenico. **Sistema del derecho privado**, v. I. p. 422. *Apud* AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 335. nota 3.

[16](#) Os atos jurídicos em sentido estrito apresentam matizes, assinalados por Pontes de Miranda, podendo ter como conteúdo reclamações ou provocações, comunicações de vontade, exteriorizações de sentimentos, manifestações de vontade, cuja finalidade pode ser simplesmente comandar, ordenar alguém a fazer ou abster-se de algo (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1, p. 447 e s.). O legislador do Código Civil de 2002 consagrou o art. 185 aos atos jurídicos *stricto sensu*, mas sem defini-los: "São aplicáveis aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, as disposições relativas ao Título precedente" (relativo ao negócio jurídico).

[17](#) COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 85.

[18](#) Existe discussão em torno da expressão tradicional "autonomia da vontade", que teria sido derogada, por designar uma construção ideológica edificada em fins do século passado, e a expressão "autonomia privada". Hoje "a vontade não é mais a gênese das relações jurídicas", conform proclama MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-615, em especial nota 15. Autonomia privada representa, assim, o poder atribuído aos particulares, de regular, pelo exercício de sua vontade, as relações de que participam, podendo conferir-lhes um determinado conteúdo e a sua regulação jurídica, desde que observados os limites da Ordem Pública e dos Bons Costumes, devendo ainda os seus titulares atentar para a sua utilização sob uma perspectiva funcional, ou seja, a de levar em conta também os interesses da sociedade, e, se necessário, sobrepondo-os aos individuais. Para maior aprofundamento desse polêmico tema, consultar AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 335-339.

[19](#) Sobre as cláusulas gerais, consultar, no plano europeu, ESSER, Joseph. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valetí. Barcelona: Bosch, 1961; ESSER, Joseph *et al.* **Generalklausen als Gegenstand der Sozialwissenschaften**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1978; RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generale. **Rivista Critica di Diritto Privato**, v. 5, p. 79 e s., 1987; PISU, Luciana Cabella; NANNI, Luca. **Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**. Padova: CEDAM, 1998. No Brasil, MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, ano 28, v. 112, p.13-32, out./dez. 1991. Posição crítica, a que nos filiamos, a respeito da adoção das cláusulas gerais, por considerar a técnica já há muito ultrapassada, é a do Professor Antonio Junqueira de Azevedo (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 775, p. 11-17, maio 2002, em especial p. 11-12).

[20](#) V. sobre o tema da função social do contrato, SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 132, p. 7 e s., out/dez. 2003.

[21](#) Alguns contratos requerem, para sua formação, além do consentimento, a observância de certa formalidade, quando então o contrato é dito solene.

[22](#) De acordo com a lição de Camille Jauffret-Spinosi, "le droit français a eu une approche plus moraliste qu'économique du contrat. Le contrat, repris du droit romain, modelé par le droit canon a été façonné par la réception de l'adage *pacta sunt servanda*. Plus tard on a considéré que le respect par les parties de leurs obligations était imposé par le droit naturel. Il suffit de lire Pothier ou Portalis pour comprendre la conception du contrat dans le code civil". JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *op. cit.*

[23](#) Sobre a persistência desse princípio em França, no referente aos contratos civis, v. FAGES, Bertrand. Le contrat est-il encore la chose des parties? *In*: MAZEAUD, Denis; JAMIN, Christophe (Coords.). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003. p. 154-161.

[24](#) A respeito da construção do contrato, v. BLANCO, Dominique. **Négociier et rédiger un contrat international**. 3. ed. Paris: Dunod, 2002.

[25](#) CARBONNIER, Jean. **Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur**. Paris: LGDJ, 1983. p. 24-46.

[26](#) LARENZ, Karl. **Allgemeiner des Deutschen Bürgerlichen Rechts**. 4. ed. München: C.H. Beck, 1977. p. 43.

[27](#) Nesse sentido, o STJ acatou parcialmente nossa sugestão de enunciado aos arts. 187 e 422 do Código Civil, nos seguintes termos: "A vedação de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do CC, e à exigência de coerência contratual" (Enunciado 362, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2006). A sugestão original estava assim redigida: "a vedação de *venire contra factum proprium* deve ser relacionada à quebra da confiança e à exigência de coerência contratual". Consultar, sobre o tema, recente estudo de MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; CAMPOS, Diogo Leite de; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao Professor Arnoldo Wald**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 301-355, em especial p. 308.

[28](#) HAUPT, Günther. **Über Faktische Vertragsverhältnisse**. Leipzig: Weicher, 1943. t. 2, p. 1-35.

[29](#) Sobre o valor e papel da confiança nas relações de consumo, consulte-se MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 126-128. Sobre massificação social e sua influência nos contratos, v. DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificación social, tecnologia y derecho privado (dos esbozos)**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987. p. 33-50.

[30](#) De acordo com Leopold Von Wiese, as duas categorias fundamentais em matéria de associação são a proximidade e a distância (WIESE, Leopold Von. **System der Allgemeinen Soziologie**. Berlin, 1933. p. 262 e s.). Desta sorte, os contatos apresentam nuances, sendo a vida em sociedade o mais distante deles. V. COUTO E SILVA, Clóvis. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparè**. Paris: Es.n.J, 1988. p.10, nota 1.

[31](#) Definição e jurisprudência a respeito: CORPUS JURIS SECUNDUM. n. 43. New York: The American Law Book Company, "Infans", §§ 179/180.

[32](#) *V.*, sobre este assunto, ESSER, Josef. Gedanken zur Dogmatik der *faktischenn Schuldverhältnisse*. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, v. 157, p. 86-99, 1958/1959; VENCHIARUTTI, Ângelo. L'attività contrattuale dell'incapace nel diritto inglese. In: PERELMAN, Chaïm; VAN DER ELST, Raymond (Orgs.). **Les notions à contenu variable en droit**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1984. p. 1145 e s. Na doutrina portuguesa, consulte-se ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994. Em nossa doutrina, COUTO E SILVA, Clóvis do *et al.* **Estudos de direito civil brasileiro e português** (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 48; COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 91; BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais – transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, ano VII, n. VIII, p. 15-53, 1973/1974.

[33](#) Os atos-fatos, correspondentes aos *Real Akten* do direito alemão, representam, na classificação escalonada dos fatos jurídicos, o segundo degrau, logo após os fatos jurídicos *stricto sensu*, e são definidos como atos que entram no mundo jurídico como fatos, apesar de serem produzidos por uma vontade, qualificada ou não. A sua essência está na produção de uma modificação na realidade, pouco ou nada importando, ao mundo jurídico, intenção de produzi-los ou que o agente fosse capaz, ou não.

[34](#) Sobre o tema, consultar BECKER, Verena Nygaard, *op. cit.*

[35](#) Sobre a crescente importância do costume no tráfico jurídico interno atual, consultar LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

[36](#) HAUPT, Gunther, *op. cit.*, t. 2, p. 1 e s.

[37](#) Paulo de Tarso Sanseverino reconhece o contato social como fonte da relação de consumo, conforme SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 198. Da mesma forma, Adalberto Pasqualotto, para quem a publicidade é o contato social de consumo (**Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 63).

[38](#) Podem aí ser incluídas também as relações jurídicas duradouras, oriundas de contratos nulos, especialmente o de trabalho e o de sociedade, que não podem, decretada a nulidade, ser apagadas do mundo jurídico (pois o trabalho prestado não pode ser devolvido, e, em relação à sociedade, há interesses de credores). Entre nós, Paulo de Tarso Sanseverino reconhece o contato social como fonte da relação de consumo, Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso, *op. cit.*

[39](#) O Código Civil português prevê este tipo de relação nos arts. 127 a 139: consideram-se válidos os negócios jurídicos próprios ao alcance da capacidade natural do menor. No âmbito da *Common Law*, estes atos são denominados *acts for necessities*. No Brasil, existe referência aos atos existenciais na obra de Pontes de Miranda, com a denominação de atos de tipicidade tráfica, *in* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, v. 38, p. 30; muito interessante também o art. de BECKER, Verena Nygaard, *op. cit.* Na jurisprudência, encontramos acórdão do TJRS, onde a Câmara decidiu a favor de consumidor, cujo automóvel fora furtado do estacionamento de um *Shopping*, em Porto Alegre. No acórdão, foi destacada a existência de uma relação contratual fática entre o consumidor e o *Shopping*, que é responsável pela pessoa e pelos bens dos que transitam por suas dependências e utilizam seu estacionamento, pois comprar em Centros de Compras e utilizar estacionamento fazem parte de nossa atual cultura (TJRS, 5ª Câmara Cível, AC 589071711, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Porto Alegre, 19-12-1989).

[40](#) Por exemplo, a professora Cláudia Lima Marques, desde a 1ª edição de sua obra **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** em 1992, hoje em 4ª edição, adota a conceituação de contrato para a relação de consumo; da mesma forma, em MARQUES, Cláudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luís. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fé: Rubenzal-Culzoni, 2005; diversamente, DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 140 e s.

[41](#) A igualdade entre as partes no contrato constitui um reflexo do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, pois o legislador do Código Civil de 2002 não ignora eventuais situações onde possa ocorrer uma desigualdade, prevendo, nos contratos denominados por adesão, que, diante de cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao

aderente, conforme art. 423 do CC/2002. A justificativa econômica para esses contratos está em que permitem realizar enorme economia no custo de negociação, redação e controle interno. Segundo Louis Vogel, os propalados efeitos negativos das Condições Gerais de Negócios não ocorrem na prática, pois o próprio mercado reage mediante oferta mais vantajosa. O prejuízo só terá lugar, segundo o mesmo autor, se o mercado estiver monopolizado. V. VOGEL, Louis. Recodification civile et renouvellement des sources internes. In: HALPERIN, Jean-Louis *et al.* **Le Code Civile 1804-2004, Livre du Bicentenaire**. Paris: Dalloz, 2004. p. 159 e s., especialmente p. 168-169.

[42](#) Pode-se considerar a noção de consumidor sob vários aspectos, por exemplo, o subjetivo ou conforme o sentido atribuído pela lei. Na primeira acepção, o consumidor é o não-profissional, que estabelece uma relação com o comerciante, o fabricante ou o fornecedor. De acordo com essa perspectiva, a relação entre dois profissionais não pode ser regulada pelas normas do CDC, pois a busca de um proveito econômico está na base dessa relação. Contudo, se nos determos no texto do art. 2º do CDC, observaremos ter o legislador utilizado a expressão “destinatário final”, em vez de levar em consideração o aspecto subjetivo, antes referido. Nesse caso, se um empresário é o destinatário final da mercadoria, ele pode ser considerado como consumidor de acordo com a concepção dita *maximalista*, a qual não nos filiamos (STJ, 3ª Turma, REsp 488.274/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 23-6-2003, **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 178, p. 268). Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal não considerou como consumidor final uma empresa de tecidos, compradora de algodão proveniente do Reino Unido: STF, Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847, Rel. Min. Maurício Corrêa, Brasília, 17-12-1999. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 253, abr./jun. 2000.

[43](#) A exagerada proteção do consumidor, pelo CDC, e por parte da Jurisprudência nacional, revela o seu despreparo para o consumo consciente (falta de compreensão de textos informativos, aquisição de bens por impulso, descontrole das finanças pessoais etc.).

[44](#) Cf. o disposto no art. 1º do CDC: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública* e interesse social (...)” (grifo nosso).

[45](#) A respeito, FRADERA, Véra Jacob de. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor – uma abordagem clássica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 43, p. 316 e s., jul./set. 2002.

[46](#) V. o art. 2º, § 2º, de nossa Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, em vigor, *in verbis*: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

[47](#) V. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

[48](#) V., de sua autoria, L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. **Revue Trimestrale de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 239, avr.-juin 1994.

[49](#) V. PIZZIO, Jean-Pierre. La protection des consommateurs par le droit commun des obligations. **Revue Trimestrale de Droit Commercial**, Paris, ano 51, n. 1, p. 53 e s., 1998.

[50](#) V. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 42, p. 187 e s., abr./jun. 2002.

[51](#) TIMM, Luciano B. **Da prestação de serviços**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

[52](#) Cf. HOUAISS, Antônio. **Dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2001, verbete “vulnerabilidade”.

[53](#) V. art. 2º do CDC.

[54](#) V. art. 2º, § 3º, do CDC.

[55](#) Art. 156 do CC/2002 e seu parágrafo único.

[56](#) Art. 157 do CC/2002 e seus §§ 1º e 2º.

[57](#) Art. 172 do CC/2002: “o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiros”.

[58](#) Hipóteses de contratos de execução continuada ou diferida, quando a prestação de uma das partes tornar-se demasiado onerosa, com extrema vantagem para uma das partes, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, *o devedor poderá pedir a resolução do contrato* (cf. art. 478 do CC/2002). Da mesma forma, o art. 317 do CC/2002 autoriza a parte a requerer ao juiz que corrija a desproporção entre o valor da prestação devida e o momento de

sua execução, de modo a assegurar, na medida do possível, o valor real da prestação. O art. 480 do mesmo Código autoriza, uma vez mais, a parte, a quem incumbe o cumprimento das obrigações, pedir ao juiz seja reduzida a sua prestação ou que a maneira de cumpri-la seja modificada, com o objetivo de evitar um ônus excessivo. Por fim, é possível evitar-se a resolução do contrato, se o réu propõe modificar de maneira eqüitativa as condições do contrato (v. art. 479 do CC/2002).

[59](#) Art. 6º, V, do CDC: "São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

[60](#) É preciso atentar para o fato de essa presunção valer apenas para os não-profissionais e a pessoa física. Em se tratando de profissionais, é preciso ser provada a vulnerabilidade.

[61](#) *In verbis*: "(...) I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo".

[62](#) No art. 479, o legislador oferece a possibilidade de preservar-se o contrato, mediante a modificação eqüitativa das suas condições, por parte do réu.

[63](#) O legislador do Código de Defesa do Consumidor refere isso no texto do seu art. 4º, *in verbis*: "A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objeto o atendimento das necessidades dos consumidores (...)" (grifos nossos).

[64](#) Segundo refere José Geraldo Britto Filomeno, citando Henry Ford, "*o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco*" (**Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 54-55).

[65](#) Melhor aprofundamento do tema em TENÓRIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 90 e s.

[66](#) LOPEZ, Teresa Ancona. Comentários aos arts. 565 a 652. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 189 e s.

[67](#) A idéia de ser o Código Civil o eixo central do sistema de Direito privado está muito bem exposta por COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em

perspectiva histórica e visão do futuro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 40, p. 128 e s., 1987.

[68](#) A mesma autora, Tereza Ancona Lopez, chama a atenção para o aspecto da desatualização do Código Civil de 2002 em relação ao momento atual vivenciado pela sociedade brasileira, pois o legislador utiliza termos como *salário* (art. 599, § único, incisos I e II), em vez de remuneração ou retribuição, como convém numa relação civilista; da mesma forma, *aviso prévio*, em vez de notificação, para distinguir a prestação de serviços civil da trabalhista (LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 216)

[69](#) Art. 732 do Código Civil, *in verbis*: “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.

[70](#) A este propósito, ver: FRADERA, Véra; WALD, Arnoldo; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 577-607.

[71](#) Sobre o tema do desaparecimento da noção de sistema, substituída pela de conjuntos, consultar OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris: PUF, 1998.

[72](#) Evocamos aqui apenas um exemplo, que consideramos emblemático da “desordem” do sistema jurídico nacional: a contradição entre a LICC de 1942, ainda em vigor, introduzindo um Código de 2002, e a Lei de Arbitragem de 1996. Esta última autoriza as partes a escolher a lei do contrato internacional, desde que tenham previsto a arbitragem como meio de solução de uma eventual controvérsia contratual. Já a LICC veda a livre escolha da lei do contrato internacional, representando um obstáculo ao desenvolvimento das relações contratuais internacionais.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES DE CONSUMO

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Professor de Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

7.1 Introdução

A responsabilidade civil por acidentes de consumo, regulada pelos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, consiste na atribuição ao fornecedor da obrigação de indenizar o consumidor pelos danos causados por produtos ou serviços defeituosos. Abrange a reparação de prejuízos cada vez mais comuns na sociedade de consumo, como os causados por medicamentos, automóveis, eletrodomésticos, brinquedos, refrigerantes, que se amoldam como fatos do produto (art. 12), ou aqueles provocados por uma prestação defeituosa de serviços em hotéis, hospitais, escolas, bancos, empresas de transporte, energia elétrica (art. 14).

Dois casos recentemente julgados pelo STJ ilustram essas duas modalidades de responsabilidade por acidentes de consumo. O primeiro versou acerca de defeito em prótese de silicone utilizada para reconstituição de mama, que, por um defeito, passou a liberar substância nociva ao organismo humano, constituindo hipótese de responsabilidade pelo fato do produto¹. O segundo é um caso de responsabilidade pelo fato do serviço em que uma criança foi morta durante assalto a agência bancária².

O objeto da responsabilidade por acidentes de consumo é a segurança física e patrimonial do consumidor. A preocupação não é com a qualidade de produtos e serviços, versada pela responsabilidade por vícios, regulada pelos arts. 18 e s. do CDC, mas com que eles apresentem a segurança legitimamente esperada pelo consumidor.

Prejuízos causados por produtos ou serviços defeituosos sempre ocorreram na vida social, mas somente passaram a ser objeto de especial preocupação no século XX, quando, em decorrência da massificação das relações socioeconômicas, determinada pelos processos de urbanização e de produção em série, incrementa-se a impessoalização nas relações de consumo. Com isso, além do significativo aumento na sua ocorrência, os acidentes de consumo não encontram uma adequada solução nas normas do sistema tradicional de responsabilidade civil, especialmente em face da dificuldade da comprovação da culpa dos possíveis responsáveis.

Esses novos fatos desafiaram a jurisprudência a encontrar soluções inovadoras, como ocorreu, nos Estados Unidos, em 1916, no julgamento do caso *MacPherson v. Buick Motor Co.*, pela Suprema Corte de Nova Iorque³. Um cidadão americano (MacPherson) adquirira, em 1910, um automóvel Buick novo de uma empresa revendedora de sua cidade, envolvendo-se, no ano seguinte, em grave acidente provocado pela quebra de uma das rodas por defeito de fabricação e sofrendo sérias lesões. A demanda indenizatória foi ajuizada diretamente contra a empresa fabricante (Buick), que alegou não ter responsabilidade direta perante o autor da demanda, pois suas obrigações e garantias eram apenas perante o revendedor com quem manteve a relação contratual, discutindo-se, então, no processo judicial, a possibilidade de superação da cadeia contratual (*privity of contract*). A decisão da Suprema Corte de Nova Iorque, relatada pelo Juiz Cardozo, orientou-se no sentido da responsabilização direta do fabricante, reconhecendo ter ele um dever de diligência (*duty of care*) perante o público

consumidor pela colocação no mercado de produtos perigosos, que supera os limites do próprio contrato⁴.

A jurisprudência norte-americana acerca do tema teve uma significativa evolução, ao longo do século XX, destacando-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva dos fornecedores e a ampliação dos valores das indenizações. A consagração da responsabilidade do fabricante independente de culpa ocorre no julgamento do caso *Greenman v. Yuba Powers Product Inc.*, em 1963, pela Suprema Corte da Califórnia. Mr. Greenman ganhara de presente de sua esposa, no Natal de 1955, uma máquina para realização de trabalhos domésticos e, dois anos depois, em decorrência do desprendimento de um pedaço de madeira, sofre graves ferimentos no rosto. Na decisão, houve a aplicação das normas da *strict liability in tort*, superando-se, assim, a exigência de culpa na *product liability*⁵ e passando essa modalidade de responsabilidade civil a ser denominada, no direito norte-americano, *strict products liability*⁶.

Na Europa, a preocupação com os danos causados por produtos defeituosos surge com maior intensidade a partir do processo de unificação deflagrado pelo Tratado de Roma (1957) com a livre circulação não apenas de pessoas, mas também de bens em seu território. Com isso, produtos elaborados em um país passaram a causar prejuízos a consumidores residentes em outros, ensejando dúvidas acerca de qual o regime jurídico a ser aplicado na solução dos casos. Na França, essas questões relativas à responsabilidade civil do produtor eram resolvidas mediante a ampliação da garantia legal dos *vices cachés* (vícios redibitórios) dentro dos moldes da responsabilidade contratual⁷, enquanto, na Alemanha, a solução foi buscada na responsabilidade extracontratual do BGB.

Formou-se uma comissão de juristas, que, inspirada no direito norte-americano, elaborou o projeto que redundou na Diretiva n. 85/374/CEE, editada em 25-7-1985, pelo Conselho da Comunidade Européia, estabelecendo normas uniformes acerca da responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos⁸.

Estatui-se o regramento básico acerca da responsabilidade do produtor a ser seguido por todos os Países-membros, adaptando a sua legislação. As principais normas estabelecidas foram: (a) a responsabilidade objetiva do produtor por danos causados por produtos defeituosos; (b) a possibilidade de o prejudicado demandar diretamente contra o fabricante, inclusive de parte componente de um produto; (c) a fixação de um conceito de produto defeituoso; (d) a fixação das causas de exclusão da responsabilidade do produtor; (e) a limitação dos valores das indenizações por danos pessoais e materiais, sem previsão expressa dos danos morais; e (f) a fixação de prazos de prescrição e de caducidade.

No Brasil, por ocasião da elaboração do Anteprojeto, que redundou no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), na parte relativa à responsabilidade por acidentes de consumo, o legislador brasileiro inspirou-se na diretiva europeia com duas diferenças fundamentais. A primeira foi a regulamentação não apenas da responsabilidade pelo fato do produto, mas também da responsabilidade pelo fato do serviço. A segunda foi a não-adoção de limites para as indenizações, acolhendo de forma irrestrita o princípio da reparação integral do dano.

Com isso, o direito brasileiro passou a contar com um dos microssistemas normativos mais completos para proteção do consumidor por acidentes de consumo, regulando tanto o fato do produto (art. 12) como o fato do serviço (art. 14).

Na presente exposição, a preocupação inicial será com o exame dos pressupostos da responsabilidade civil por acidentes de consumo, passando-se, na segunda parte, para a análise das principais causas que podem ser esgrimidas pelo fornecedor na sua defesa.

7.2 Pressupostos da responsabilidade civil por acidentes de consumo

Os pressupostos da responsabilidade civil compreendem o conjunto de elementos que devem estar presentes no fato gerador para que ocorra o nascimento da obrigação de indenizar.

No sistema tradicional do Código Civil (CC/2002), a responsabilidade civil é regulamentada a partir do art. 927, que, em seu *caput*, a define como obrigação de indenizar, mas fazendo expressa alusão ao art. 186 (conceito de ato ilícito culposos), que é a norma em que podem ser identificados os seus principais pressupostos: o fato, o dano; o nexo causal; o nexo de imputação; a ilicitude.

Transpondo-os para o microsistema normativo do CDC, podem-se estabelecer os seguintes elementos ou pressupostos para a responsabilidade civil por acidentes de consumo, que devem estar presentes, em conjunto, para que ocorra o nascimento da obrigação de indenizar do fornecedor: defeito, imputação ao fornecedor, dano e nexo causal⁹.

7.2.1 Defeito

O defeito do produto ou do serviço é um pressuposto de extrema importância, pois relativiza a responsabilidade do fornecedor.

Consideram-se defeituosos os produtos ou serviços que não apresentam a segurança que deles legitimamente se espera na sociedade de consumo, tendo sido essa definição estatuída nos enunciados normativos dos §§ 1º dos arts. 12 e 14 do CDC, buscada pelo legislador brasileiro na Diretiva 85/374/CEE da União Européia¹⁰.

Trata-se de uma cláusula geral centrada na noção de “segurança legitimamente esperada pelo consumidor”, cuja grande vantagem é permitir uma permanente atualização desse microsistema de responsabilidade civil para proteção do consumidor¹¹.

A utilidade prática dessa cláusula geral pode ser aferida hoje pelos novos tipos de danos ensejados pela “internet”, não previstos pelo legislador europeu ou brasileiro, mas que, com fundamento nela, podem ser resolvidos.

O CDC, no art. 12, § 1º, estabeleceu alguns elementos de valoração para colaborar na identificação concreta do que seja a “segurança legitimamente esperada” pelo consumidor, elencando circunstâncias relevantes a serem consideradas, como a apresentação do produto ou do serviço; o uso e os riscos razoavelmente esperados; a época da sua colocação no mercado¹².

A apresentação do produto ou do serviço está relacionada com as informações prestadas pelo fornecedor, englobando desde a publicidade veiculada pelos meios de comunicação até aquelas que acompanham diretamente o produto ou o serviço, como o rótulo, a bula, as instruções e as advertências.

O uso e os riscos razoavelmente esperados dizem respeito à utilização normal do produto, concretamente, dentro do contexto social. O fabricante de brinquedos ou de canetas deve prever que, além do seu uso normal, é previsível que esses produtos sejam colocados na boca por crianças, não podendo, por isso, ser tóxicos¹³.

O momento da colocação do produto ou do serviço no mercado também deve ser analisado para verificação da ocorrência de um defeito, pois é possível que se passem vários anos até que ocorra algum dano. A segurança dos automóveis, por exemplo, deve ser avaliada não apenas pelos novos equipamentos colocados nos modelos mais modernos, como *air bag* e freios ABS, mas pelos mecanismos disponíveis na época em que o veículo considerado foi colocado no mercado¹⁴.

Além desses elementos de valoração, expressamente previstos pelo legislador, outros podem ser utilizados pelo juiz, em face das peculiaridades do caso concreto, tendo o CDC deixado claro que os critérios enumerados não são taxativos ao utilizar a locução “entre as quais”¹⁵. Outras circunstâncias que podem ser consideradas pelo juiz são a natureza do produto e o seu preço (*v.g.*, a segurança dos automóveis mais baratos é diversa dos modelos mais caros), a ação deletéria do tempo (*v.g.*, a segurança esperada de automóveis

usados é diferente da dos novos), o respeito às normas técnicas e aos regulamentos administrativos¹⁶.

Os defeitos dos produtos e serviços podem surgir em qualquer das etapas do processo produtivo desde o projeto, passando pela fabricação, construção ou produção, até a fase de distribuição, bem como nas informações acerca do seu uso e dos riscos ensejados. Assim, as principais modalidades são os defeitos de projeto, de execução e de informação.

Os defeitos de projeto ou concepção abrangem os erros e deficiências na fase de planejamento do produto ou serviço (*design*)¹⁷, pois as normas técnicas e científicas não foram devidamente observadas, apresentando incorreções, que atingem toda uma série. Exemplo bastante elucidativo de defeito de projeto pode ser extraído da jurisprudência norte-americana nos casos denominados *Second Collision Case*. A doutrina da *second collision* (ou segunda colisão), que é o impacto sofrido pelos passageiros do veículo logo após a batida inicial, foi aplicada pela primeira vez, em 1968, no caso *Larsen v. General Motors Corp.*, reconhecendo-se a responsabilidade do fabricante do automóvel pelo agravamento das lesões sofridas pelos passageiros por deficiência de projeto, já que acidentes de trânsito são eventos freqüentes, previsíveis e inevitáveis. Esse importante precedente passou a ser seguido pelo restante da jurisprudência norte-americana, forçando uma maior preocupação por parte dos fabricantes de veículos com a segurança dos seus ocupantes¹⁸.

A constatação do defeito de concepção obriga o fornecedor de produtos ou serviços, além de reparar os danos causados aos prejudicados, a informar todos os consumidores do problema.

O dever de *recall* relaciona-se com o dever de informação¹⁹, tendo sido freqüentemente utilizado, no Brasil, pela indústria automobilística, quando constata defeitos nos veículos em circulação no mercado, para prevenir a sua responsabilidade por eventuais danos que possam ser causados aos consumidores²⁰.

Os defeitos de execução surgem na fase de fabricação, montagem, manipulação, acondicionamento, construção, produção ou prestação do serviço. Embora o projeto referente a um produto ou serviço não apresente incorreções, a sua execução pelo fornecedor ocorre de maneira imperfeita²¹, ensejando a ocorrência de problemas variados derivados de falhas mecânicas decorrentes da automação do processo produtivo; falhas humanas; queda de voltagem da rede elétrica; alteração da qualidade de um composto químico.

Finalmente, o defeito pode estar nas informações prestadas ao público consumidor acerca dos riscos ensejados por um determinado produto ou serviço. O produto ou serviço em si não apresenta, materialmente, qualquer falha. A defeituosidade situa-se num plano externo, derivando das informações deficientes acerca da sua correta utilização ou da falta de advertência acerca dos riscos por eles ensejados²². O defeito de informação apresenta-se como uma modalidade especial do defeito de projeto no seu aspecto formal²³.

A importância do defeito de informação relaciona-se com o papel conferido ao dever de informação no direito privado moderno, bem como a sua repercussão concreta sobre a responsabilidade dos fornecedores.

Exemplo disso tem-se na responsabilidade médica a importância atribuída ao termo de consentimento informado, que consiste em um documento escrito, assinado pelo paciente e/ou familiares, em que são esclarecidos o diagnóstico da doença, o procedimento a ser realizado e os seus riscos, devendo-se respeitar a dignidade do paciente e conceder-se espaço para sua autonomia²⁴. O STJ, em 2002, apreciou um caso envolvendo um hospital do Rio de Janeiro, reconhecendo a sua responsabilidade pela perda de visão de uma paciente em cirurgia, pois não fora obtido o consentimento informado da paciente acerca dos riscos do ato cirúrgico²⁵.

7.2.2 Imputação ao fornecedor

O nexu de imputação, também denominado nexu de atribuição, corresponde ao vínculo que se deve estabelecer entre certo fato e

determinado agente para que ele possa ser considerado responsável, constituindo, assim, um pressuposto de extrema relevância na responsabilidade civil por acidentes de consumo.

Merecem especial atenção, neste tópico, o exame dos fundamentos da responsabilidade por acidentes de consumo e a indicação dos fornecedores responsáveis.

7.2.2.1 Fundamentos da responsabilidade por acidentes de consumo

A responsabilidade civil do fornecedor por danos causados por produtos ou serviços defeituosos é objetiva, conforme se infere dos enunciados normativos dos arts. 12 e 14 do CDC, que estabelecem, clara e expressamente, a desnecessidade da presença de culpa no suporte fático do fato de consumo, dispondo, textualmente, que eles respondem, "independentemente de culpa", pelos danos causados ao consumidor por produtos ou serviços defeituosos.

Não há, assim, necessidade da presença dos elementos subjetivos, dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), no suporte fático para responsabilização do fornecedor. Importante salientar que não se trata apenas de hipótese de culpa presumida, mas de responsabilidade objetiva em que não há espaço para discussão acerca da culpa do fornecedor²⁶. A culpa pode até mesmo estar presente, como freqüentemente ocorre, mas ela é dispensada como elemento do fato gerador da responsabilidade do fornecedor.

A evolução histórica e sistemática da proteção ao consumidor por danos causados por produtos ou serviços defeituosos conduziu à superação do princípio da culpa, objetivando-se a responsabilidade do fornecedor. Conforme aludido na introdução, coube à jurisprudência, inicialmente nos EUA e, posteriormente, na Europa, a partir da imposição dos fatos, romper com o sistema tradicional de responsabilidade civil e superar o dogma da culpa²⁷.

O CDC abriu uma importante exceção em relação aos profissionais liberais, estabelecendo, textualmente, que a sua responsabilidade pessoal "será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º, do CDC). Embora a responsabilidade civil dos

profissionais liberais por danos causados aos seus clientes na prestação de serviços inclua-se no conceito de fato do serviço, o legislador optou por mantê-los vinculados a um regime de responsabilidade subjetiva, excluindo-os, expressamente, do modelo de responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço, em face das peculiaridades de suas atividades. A preocupação central do legislador foi evitar a inviabilização das atividades dos profissionais liberais com um regime de responsabilidade objetiva. Trata-se, porém, de regra excepcional, cuja interpretação é restritiva, abrangendo apenas os próprios profissionais liberais²⁸.

7.2.2.2 Fornecedores responsáveis

O fornecedor de produtos ou serviços é o responsável pelos danos causados por produtos ou serviços defeituosos. O conceito básico de fornecedor do art. 3º do CDC foi ampliado pelo legislador na busca de uma proteção mais efetiva à vítima de acidentes de consumo, atribuindo o dever de indenizar a diversas pessoas com relação direta não apenas com a produção, mas também com outras etapas, do processo de circulação do produto ou serviço no mercado de consumo.

Ampliou-se o nexo de imputação para se incluir, no pólo passivo da obrigação de indenizar resultante do fato de consumo, o responsável real (o fabricante, o produtor e o construtor), o responsável presumido (o importador) e o responsável aparente (o comerciante). Igualmente, na responsabilidade pelo fato do serviço, o conceito de fornecedor foi ampliado, imputando-se os danos causados pelo acidente de consumo, solidariamente, a todos os prestadores de serviço envolvidos no processo produtivo.

Os *responsáveis reais* são todas as pessoas físicas ou jurídicas que participam direta e ativamente do processo de criação de um produto ou serviço para sua inclusão no mercado de consumo. São eles os verdadeiros responsáveis pela defeituosidade do produto ou do serviço, pois os lançaram no mercado de consumo.

O importador é o *responsável presumido*, pois, embora não possua qualquer vinculação direta com o produto defeituoso, foi

ampliado o nexa de imputação para lhe atribuir a condição de responsável solidário pelos danos causados pelo produto defeituoso²⁹.

A imputação feita ao importador, solidariamente com o fabricante e o produtor, busca tornar mais efetiva a proteção ao consumidor, pois, no sistema moderno de distribuição de produtos, por meio de um mercado globalizado, os importadores ocupam uma importantíssima posição, em uma etapa intermediária, de conexão entre os fabricantes ou produtores estrangeiros com os comerciantes nacionais.

Cláudia Lima Marques observa que "ao importador foi imposto um dever legal próprio de só introduzir no mercado brasileiro produtos livres de defeitos, isto é, com a segurança que deles legitimamente se espera. Assim, pelas normas do CDC, o importador responde pelos danos causados, tanto nos casos em que o defeito advém de uma falha na esfera de sua atividade (falha de manipulação, acondicionamento, guarda) quanto nos casos em que o defeito teria sua origem no projeto, na fabricação, na construção ou na montagem do bem"³⁰.

O comerciante atacadista ou varejista aparece como *responsável aparente* quando vender produtos anônimos ou produtos perecíveis em mau estado de conservação, sendo somente responsabilizado subsidiariamente, quando deixar de identificar o fabricante ou o importador no produto vendido. A responsabilidade do comerciante foi substancialmente restringida em confronto com a dos demais fornecedores, pois o seu contato com o produto é mais restrito, limitando-se à exposição dele em seu estabelecimento comercial e ao fornecimento de explicações ao consumidor, as quais lhe foram repassadas pelo próprio fabricante ou importador³¹. Benjamin explica que a limitação da responsabilidade do comerciante (atacadista e varejista) deu-se por razões de política legislativa, já que o comerciante não tem o poder de alterar técnicas de fabricação e produção de bens³². A amplitude do benefício concedido ao comerciante tem sido alvo de críticas³³, especialmente no que concerne às hipóteses em que o comerciante apresenta-se

economicamente mais forte do que os fabricantes ou produtores, como ocorre com as grandes magazines ou hipermercados.

O CDC, em seu art. 13, estabelece três hipóteses para a responsabilização do comerciante: a) produtos anônimos (inciso I); b) produtos mal identificados (inciso II); c) produtos perecíveis mal conservados (inciso III). Nas duas primeiras hipóteses, a responsabilização do comerciante justifica-se em face da dificuldade ou, até mesmo, da impossibilidade de identificação dos nomes dos responsáveis reais (fabricante, produtor ou construtor) ou do importador. Na terceira hipótese, o comerciante surge como autêntico responsável real, pois o defeito lhe é imputável diretamente, já que se descuroou do seu dever de zelar adequadamente pela conservação e higiene dos produtos perecíveis expostos à venda em seu estabelecimento.

Questão interessante diz com a possibilidade de responsabilização do comerciante pela conservação inadequada de produtos não perecíveis, que se tornam, em função disso, defeituosos e causem danos ao consumidor. As rodas, os freios ou a suspensão de automóveis podem-se tornar defeituosos pela forma como são conservados pelo comerciante em seu estoque. Nessa hipótese, o comerciante e o fabricante são solidariamente responsáveis, podendo ser acionados pelo consumidor prejudicado simultaneamente³⁴. O motivo da responsabilização do comerciante é evidente, já que foi o causador do defeito ao conservar inadequadamente o produto. O fabricante, porém, não tem a sua responsabilidade excluída por essa circunstância, já que o comerciante não é considerado terceiro, mas parte ativa do ciclo produtivo percorrido pelo produto até chegar ao seu destinatário final³⁵.

Todos os responsáveis, com exceção do comerciante, são solidariamente responsáveis pelos danos sofridos pelo consumidor (arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC), podendo ser demandados individual ou coletivamente, conforme a opção da vítima do acidente de consumo³⁶. O fornecedor responsabilizado isoladamente na ação indenizatória pelos danos sofridos pelo

consumidor poderá exercer o seu direito regresso contra os demais responsáveis. Esse direito de regresso, entretanto, não poderá ser exercido no mesmo processo em que se discute a ação indenizatória movida pelo consumidor, sendo necessário o ajuizamento de demanda autônoma, ou, após o encerramento da ação indenizatória, o prosseguimento nos mesmos autos contra os co-responsáveis (art. 88 do CDC).

Note-se apenas que o direito de regresso, embora previsto no parágrafo único do art. 13 do CDC, não se aplica apenas ao comerciante, beneficiando todo e qualquer responsável (real, aparente ou presumido) que indenize os prejuízos sofridos pelo consumidor³⁷, não sendo possível, em qualquer das hipóteses aventadas, a denunciação da lide (art. 88 do CDC).

7.2.3 Dano

No exame do dano, embora seja o elemento mais importante da responsabilidade civil, serão analisados apenas o conceito de vítima (art. 17 do CDC) e a adoção do princípio da reparação integral (art. 6º, VI, do CDC), por apresentarem peculiaridades próprias na responsabilidade por acidentes de consumo.

7.2.3.1 Conceito básico de consumidor

O conceito básico de consumidor, estabelecido pelo art. 2º do CDC, centrado na noção de “destinatário final” do produto ou serviço, foi ampliado pelo art. 17 para abranger “todas as vítimas do evento”³⁸.

Todas as vítimas de um acidente de consumo são equiparadas ao consumidor para efeito da proteção conferida pelo CDC, abrangendo os chamados *bystanders*, na terminologia da *common law*, que são os terceiros que, embora sem estarem diretamente envolvidos na relação de consumo, são atingidos pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço³⁹.

No conceito de *bystander*, estão abrangidos tanto o usuário direto do bem adquirido por outro consumidor como a empregada doméstica vitimada pela explosão de um botijão de gás defeituoso,

quanto o espectador ou o transeunte anônimo que se encontra nas imediações do local do evento no momento em que se manifesta o defeito, como no caso clássico de acidente de consumo de um automóvel desgovernado pelo estouro de um pneu defeituoso atropelando um pedestre na calçada. Outra hipótese é a de um avião de passageiros cair sobre uma floresta, atingindo uma tribo de índios. Apesar de nunca terem viajado de avião, os índios são vítimas do acidente de consumo, equiparando-se aos consumidores lesados para efeito da proteção legal.

Enfim, os *bystanders* são as vítimas ocasionais ou anônimas de um acidente de consumo.

7.2.3.2 Reparação integral dos danos sofridos pelos consumidores

O princípio da reparação integral do dano significa que a totalidade dos prejuízos sofridos pelo prejudicado deve ser ressarcida, guardando o montante da indenização uma relação de equivalência com a extensão dos danos.

O CDC acolhe o princípio da reparação integral do dano no art. 6º, VI, como um dos direitos básicos do consumidor, sem qualquer restrição. Essa norma, que não foi estatuída por acaso, pois buscava superar as limitações indenizatórias do direito comunitário europeu⁴⁰, já tinha grande importância antes da vigência do CC/2002, pois afastou a aplicação dos tarifamentos indenizatórios previstos na legislação especial, como a do transporte aéreo⁴¹. A jurisprudência do STJ⁴², após intenso debate, não aceitou mais essas limitações indenizatórias, inclusive firmando esse entendimento em incidente de uniformização de jurisprudência, dando prevalência à reparação integral prevista pelo CDC⁴³.

Após a vigência do CC/2002, a reparação integral assumiu importância ainda maior, pois passou a representar uma barreira à incidência da cláusula de redução do art. 944, parágrafo único, quando estabelece a possibilidade de redução havendo manifesta desproporção entre a gravidade da culpa do agente e a extensão dos danos. Mesmo que se admita a incidência desse redutor nas hipóteses de responsabilidade objetiva, ele não incide no

microsistema normativo do CDC por força do acolhimento irrestrito do princípio da reparação integral do dano⁴⁴.

Além disso, o art. 7º do CDC, após enunciar os direitos básicos do consumidor, permite a ampliação do seu rol com outros direitos regulados por atos normativos nacionais ou internacionais (tratados, legislação interna, regulamentos administrativos). Não autoriza, entretanto, a redução dos direitos básicos do consumidor, afastando a possibilidade de qualquer restrição à reparação integral dos danos sofridos. Essa norma representa, assim, uma barreira legal a qualquer restrição prevista no CC ao princípio da reparação integral no âmbito do direito do consumidor.

7.2.4 Nexo de causalidade

A responsabilização do fornecedor exige que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por produtos ou serviços defeituosos, estabelecendo-se uma relação de causa e efeito entre o defeito e os prejuízos. Sem ingressar no exame das principais teorias relativas ao nexo causal, a sua importância prática reside no fato de que aqui estão situadas as principais causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, que serão analisadas a seguir.

7.3 Defesa do fornecedor

A responsabilidade civil do fornecedor de produtos e de serviços, significativamente ampliada no microsistema normativo do CDC, não foi tornada absoluta, tendo o legislador acolhido diversas causas para sua exclusão.

As principais eximentes da responsabilidade do fornecedor foram arroladas pelos §§ 3º dos arts. 12 e 14 do CDC, sendo a) a não-colocação do produto no mercado; b) a inexistência de defeito; c) a culpa exclusiva do consumidor; d) o fato exclusivo de terceiro, devendo-se acrescentar como causa de exclusão a prescrição quinquenal regulada pelo art. 27 do CDC.

Além dessas, tem-se discutido a possibilidade de reconhecimento de outras causas de exclusão, que não foram expressamente contempladas pelo legislador, como o caso fortuito e a força maior, existindo, ainda, grande polêmica em torno do reconhecimento dos riscos do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor.

Cada uma dessas causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor é merecedora de análise individualizada, inclusive quanto à sua compatibilidade com o direito brasileiro.

7.3.1 Não-colocação do produto no mercado

A colocação dos produtos no mercado ocorre no momento em que o fornecedor voluntariamente lança-os no tráfico comercial⁴⁵, saindo do âmbito da empresa e passando a ser disponibilizados aos consumidores.

Naturalmente, não se pode exigir da vítima do acidente de consumo a comprovação de que o produto foi colocado em circulação, pois há uma presunção legal de que o fornecedor o inseriu voluntariamente no mercado de consumo.

Permite-se, entretanto, que o fornecedor comprove que o produto ingressou acidentalmente no mercado por fato ou circunstância que não lhe seja imputável, como a ocorrência de roubo ou furto (inclusive furto de uso)⁴⁶.

No caso do anticoncepcional Microvlar, referente à colocação acidental no mercado de caixas com cápsulas do produto que continham apenas placebo, o laboratório responsável alegou, entre outras teses defensivas, a não-colocação do produto no mercado.

7.3.2 Inexistência de defeito do produto ou do serviço

A inexistência de defeito no produto ou no serviço, expressamente prevista no art. 12, § 3º, II, e no art. 14, § 3º, I, do CDC, constitui, na prática judicial, uma das mais importantes causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, especialmente pelas interessantes sutilezas que apresenta.

A principal peculiaridade do regime adotado pelo CDC é que ele atribuiu ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito, devendo ele demonstrar que, embora o dano possa ter sido causado por determinado produto ou serviço, inexistia o defeito a ele atribuído.

Com isso, cabe ao consumidor lesado, no curso da demanda indenizatória, demonstrar os danos sofridos, bem como terem eles sido causados por determinado produto ou serviço, não precisando comprovar a defeituosidade, cujo ônus é do fornecedor.

A transferência ao fornecedor desse importante ônus probatório deve-se à dificuldade de demonstração pelas vítimas, em boa parte dos acidentes de consumo, da ocorrência de defeito, pois exige, normalmente, prova técnica especializada. Como as perícias são provas caras e complexas, o legislador não se limitou a possibilitar a inversão judicial (inversão *ope judicis*) do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), mas atribuiu ele próprio diretamente ao fornecedor o encargo de demonstrar a inexistência de defeito (inversão *ope legis*) por ter ele as melhores condições técnicas para fazê-lo.

Estabelece-se, assim, uma presunção *juris tantum* de ocorrência do defeito, atribuindo-se ao fornecedor o difícil encargo de comprovar a sua inexistência⁴⁷, que é um fato negativo.

7.3.3 Culpa exclusiva da vítima

A culpa exclusiva do consumidor constitui causa de exclusão da obrigação de indenizar do fornecedor tanto na responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, § 3º, III, do CDC) quanto na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, § 3º, II, do CDC).

O fato exclusivo e relevante imputável ao consumidor quebra o nexo de causalidade entre o defeito e o evento lesivo. Embora o dano tenha sido provocado em decorrência de um processo causal em que pode ser identificada a participação de um produto ou serviço, teve como causa adequada exclusiva a conduta culposa (*lato sensu*) da própria vítima.

Isso ocorre nos casos em que a vítima intencionalmente se utiliza de medicamentos ou de revólver para cometer suicídio (atentado doloso contra a própria vida), ou quando, por negligência ou imprudência, utiliza-se do produto contrariamente às indicações claras e precisas prestadas pelo fornecedor, conserva-o inadequadamente ou o utiliza após o seu prazo de validade⁴⁸.

Discute-se a possibilidade de se considerar a culpa concorrente do ofendido como causa de atenuação da responsabilidade civil, derivando a polêmica da circunstância de o CDC, ao elencar as causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor (art. 12, § 3º, III, e art. 14, § 3º, III), não ter feito a ela referência expressa.

Parte expressiva da doutrina nacional, ao abordar o tema, manifesta-se pela irrelevância da culpa concorrente do consumidor na atenuação da responsabilidade do fornecedor por não ter sido expressamente contemplada pelo legislador no elenco das eximentes⁴⁹. Na doutrina, James Marins⁵⁰ e Francisco Cavalcânti⁵¹ manifestam-se pela admissibilidade da culpa concorrente do consumidor como causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor.

Na jurisprudência, predomina o entendimento no sentido da possibilidade de se atenuar a responsabilidade do fornecedor pela culpa concorrente do consumidor prejudicado, servindo de exemplo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Min. Ruy Rosado, que, em caso de responsabilidade pelo fato do serviço de hotel, mesmo afirmando a ocorrência de defeito na prestação do serviço pelo hotel por falha no dever de informação acerca da profundidade da piscina, reconheceu também a culpa concorrente da vítima por ter mergulhado sem tomar as cautelas devidas⁵².

A orientação, no sentido de se admitir a culpa concorrente do consumidor como causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor, merece ser seguida, não se mostrando razoável a interpretação restritiva dos enunciados normativos do art. 12, § 3º, III, ou do art. 14, § 3º, II, do CDC, pois eles limitam-se a regular as causas de exclusão, enquanto a culpa concorrente é uma minorante,

que apenas atenua a responsabilidade do fornecedor, não havendo incompatibilidade lógica em admiti-la.

No direito comparado, a concorrência de culpa tem sido admitida como causa de atenuação da responsabilidade civil. No direito norte-americano, embora avaliado com extremo rigor, o concurso de culpa do prejudicado (*plaintiff contributory negligence*) é admitido em situações especiais, quando ocorra uma exposição fora do razoável, por parte da vítima, ao risco ensejado pela coisa⁵³.

No direito comunitário europeu, a Diretiva 85/374/CEE expressamente previu a possibilidade de redução ou supressão da responsabilidade do fornecedor na hipótese de concorrência de defeito do produto e de fato culposos da vítima⁵⁴.

Calvão da Silva, analisando o art. 7º, n. 1, do Decreto-Lei n. 383/89, que transpôs para o direito português a diretiva europeia, observa que “a concausalidade culposa é uma expressão particular do princípio da boa-fé”. Pretende estimular-se que cada um zele por sua segurança e evitar que quem causa culposamente um dano a si mesmo venha exigir de outrem a sua indenização. Isso constituiria um claro *venire contra factum proprio*⁵⁵. E explicita seu raciocínio, esclarecendo que, se da culpa do lesado (“culpa contra si mesmo”) resulta parte do dano por si sofrido, não seria coerente reclamar do produtor a indenização integral sem a sanção da culpa, pois esse comportamento seria contrário à boa-fé.

Essa orientação mostra-se a mais apropriada, devendo-se aceitar a culpa concorrente do consumidor lesado na atenuação da responsabilidade civil do fornecedor.

7.3.4 Fato exclusivo de terceiro

O CDC elencou, expressamente, em seu art. 12, § 3º, III, e em seu art. 14, § 3º, II, a culpa exclusiva de terceiro como uma das causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Apesar de o legislador brasileiro ter optado pela denominação “culpa de terceiro”, tecnicamente mais adequada é a expressão “concurso do fato de terceiro” ou “intervenção de

terceiro” para qualificar essa eximente, também prevista pela Diretiva 85/374/CEE⁵⁶.

O fato de terceiro é a atividade desenvolvida por uma pessoa determinada que, sem ter qualquer vinculação com a vítima ou com o causador aparente do dano, interfere no processo causal e provoca com exclusividade o evento lesivo⁵⁷. Atua, na responsabilidade por acidentes de consumo, sobre o nexo causal entre o defeito e o dano.

O prejuízo sofrido pelo consumidor pode ser causado por um produto ou serviço, que muitas vezes apresenta-se defeituoso. A causa exclusiva do dano, entretanto, não foi o defeito, mas o fato imputável ao terceiro.

A culpa de terceiro deve ser causa exclusiva, pois o fato concorrente não exclui ou atenua a responsabilidade do fornecedor, estabelecendo apenas um regime de responsabilidade solidária entre eles perante a vítima. Exemplificativamente, o agricultor (*bystander*), vítima de atropelamento por um automóvel, que, além de estar em excesso de velocidade, apresenta grave defeito no sistema de freios, pode acionar diretamente o fabricante do veículo. Este não pode invocar a culpa concorrente de terceiro (motorista do automóvel) para exclusão ou atenuação de sua responsabilidade⁵⁸. O motivo dessa regra, conforme Calvão da Silva, é evitar que a cadeia produtiva sirva de escudo ao produtor, que coloca em circulação produtos defeituosos perante a vítima⁵⁹.

O termo “terceiro” compreende qualquer pessoa estranha à relação de consumo que não se enquadre no conceito de fornecedor indicado pelos arts. 3º, 12 e 14 do CDC, abrangendo pessoas naturais ou jurídicas situadas fora da cadeia de consumo desenvolvida desde o fabricante até chegar ao consumidor. Assim sendo, o comerciante (atacadista ou varejista), intermediário nessa relação, não se inclui no conceito de terceiro, uma vez que exerce “papel fundamental” na cadeia de consumo no acesso do consumidor a determinado produto ou serviço⁶⁰.

Com efeito, na atual sistemática do processo de consumo, os intermediários atuam decisivamente na distribuição de produtos e

serviços e na publicidade relacionada à sua oferta ao mercado. Assim, estando o comerciante diretamente envolvido nas relações de consumo, não pode ser considerado terceiro.

Zelmo Denari posiciona-se em sentido contrário⁶¹, criticando a orientação de Benjamin e observando que a responsabilidade subsidiária do comerciante, que está prevista no art. 13 do CDC, é distinta da atribuída aos devedores principais, conforme estatuído pelo art. 12, *caput*, do CDC. Por essa razão, preconiza que o comerciante pode, no regime do CDC, ser responsabilizado apenas de duas maneiras. De um lado, como terceiro, nos termos do inciso III em questão, quando ficar demonstrada a exclusividade de sua culpa⁶². De outro lado, como parte, responsável em via subsidiária, quando, nos termos do art. 13, o fornecedor ou o produtor não puderem ser identificados (incisos I e II) ou os produtos perecíveis não puderem ser conservados adequadamente (inciso III)⁶³.

Mostra-se mais acertada a opinião esposada por Benjamin, pois o comerciante exerce papel relevante dentro do processo produtivo de distribuição de bens, atuando no âmago da cadeia de consumo. A aceitação da sua condição de terceiro, para efeito de exclusão da responsabilidade por acidente de consumo, criaria um escudo para os fornecedores, abrindo uma janela para sua impunidade pelos danos causados no mercado⁶⁴.

A criticável eximente⁶⁵ concedida em favor do comerciante pelo art. 13 do CDC, por política legislativa, é um benefício de aplicação restrita às hipóteses em que ele seja demandado pelo consumidor prejudicado, pois, a rigor, ele não é terceiro. Porém, o responsável real (fabricante, construtor, produtor) ou presumido (importador), quando demandados diretamente pelo lesado, não podem invocar o comportamento do comerciante, pois idêntico benefício não lhes foi outorgado.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve oportunidade de apreciar a questão no julgamento de uma ação indenizatória movida por um consumidor que, ao retirar um refrigerante de dentro de um contêiner, em um supermercado, foi vítima da explosão da garrafa,

tendo os cacos de vidro atingido os seus olhos e causado graves lesões⁶⁶. A alegação do fabricante de que teria ocorrido culpa exclusiva do comerciante, pois o motivo da explosão da garrafa de refrigerante teria sido a conservação inadequada do produto, foi afastada com o argumento de que o comerciante não é terceiro na cadeia de consumo.

7.3.5 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior, muito embora sejam causas tradicionais de exclusão da responsabilidade civil pelo rompimento do nexo de causalidade, não foram expressamente contemplados pelo CDC, discutindo-se a possibilidade de serem considerados como eximentes da responsabilidade civil do fornecedor.

A polêmica deriva da ausência de previsão legal expressa, no rol de excludentes, do caso fortuito e da força maior, que são eximentes tradicionais da responsabilidade civil objetiva.

No direito comunitário europeu, em que também não houve previsão expressa do caso fortuito e da força maior como causas de exclusão da responsabilidade do produtor na Diretiva 85/374/CEE (art. 7º), ocorreu controvérsia semelhante⁶⁷. João Calvão da Silva manifesta-se favorável à possibilidade de invocação da eximente, pois “a regra do direito comum é a oponibilidade à vítima da força maior, se o legislador comunitário pretendesse derogá-lo devia tê-lo feito expressamente”⁶⁸.

No direito brasileiro, a polêmica relativa à taxatividade das eximentes é um pouco mais complexa, em face da literalidade dos enunciados normativos dos parágrafos 3º dos arts. 12 e 14, estatuinto, textualmente, que o fornecedor “só não será responsabilizado, quando provar” alguma das causas de exclusão elencadas.

A doutrina brasileira tem-se dividido em torno da possibilidade de reconhecimento do caso fortuito e da força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, destacando-se, de um lado, Nelson Nery Junior⁶⁹, que se posiciona no sentido da

exaustividade das eximentes, previstas em *numerus clausus* pelo legislador, e, de outro lado, Benjamin⁷⁰ admite a abertura do rol para abranger o caso fortuito e a força maior.

Sílvio Ferreira da Rocha⁷¹ apresenta posição peculiar, pois, embora afirmando que as excludentes foram taxativamente previstas pelo legislador, enquadra-as nas causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor previstas pelo CDC, incluindo o caso fortuito na previsão contida no art. 12, § 3º, II, do CDC (inexistência de defeito), e a força maior, na do art. 12, § 3º, III, do CDC (fato de terceiro).

Parte expressiva da doutrina brasileira admite corretamente o caso fortuito e a força maior como eximentes⁷², pois, apesar de as causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor terem sido restringidas pelo legislador com o intuito de proteção do consumidor, os enunciados normativos dos §§ 3º dos arts. 12 e 14 do CDC não podem ser interpretados literalmente. Não houve a adoção de um regime de responsabilidade objetiva pelo risco integral, não tendo sido também a intenção do legislador elevar a responsabilidade do fornecedor a patamares absurdos. Em determinadas situações, acontecimentos externos relevantes interferem no nexo causal, não podendo ser desprezados. Por isso, devem-se admitir outras causas de exclusão da responsabilidade que se mostrem compatíveis com o sistema de responsabilidade civil adotado pelo CDC, inclusive o caso fortuito e a força maior.

A jurisprudência do STJ tem-se orientado nessa linha, como se depreende de acórdão da relatoria do Min. Eduardo Ribeiro argumentado textualmente que o “fato de o artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas”⁷³. Essa orientação tem sido reafirmada pela Corte Especial em julgamentos posteriores⁷⁴.

O caso fortuito e a força maior apresentam-se como acontecimentos inevitáveis e independentes de qualquer atividade

do agente, de cuja possível responsabilidade civil se cogita, atuando, isoladamente e com exclusividade, como causas adequadas do dano produzido. Esses dois institutos jurídicos são, normalmente, referidos em conjunto, como se constituíssem expressões sinônimas. Na realidade, o caso fortuito e a força maior são institutos jurídicos autônomos, que foram aproximados pela dificuldade prática de distinção e por produzirem, via de regra, efeitos jurídicos similares.

O legislador brasileiro, ao regular a responsabilidade negocial ou contratual, optou expressamente pela equiparação dos dois institutos no art. 393, e seu parágrafo único, do CC de 2002, estabelecendo a seguinte definição: "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir". A equiparação das duas figuras deve-se a razões de ordem prática, já que a distinção entre caso fortuito e força maior constitui fator de profunda controvérsia doutrinária.

O STJ já teve oportunidade de afirmar que o traço característico do caso fortuito e da força maior não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade⁷⁵. Julgando caso relativo à morte de passageiro de ônibus coletivo durante assalto, o STJ reconheceu a ocorrência de força maior, pois a empresa havia tomado todas as cautelas e precauções exigidas pelo contrato de transporte.

7.3.6 Eximente dos riscos do desenvolvimento

A eximente dos riscos de desenvolvimento não foi prevista como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor no direito brasileiro diferentemente do direito comunitário europeu.

Na Europa, após caloroso debate entre os representantes dos países comunitários, a Diretiva Européia 85/374/CEE expressamente contemplou os riscos do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade do produtor (art. 7º, alínea "e"), incidindo a eximente quando o produtor comprovar que o estado de conhecimento científico e técnico, no momento em que o produto foi colocado em circulação, não permitia, de nenhum modo, a constatação da existência do defeito.

Nos riscos de desenvolvimento, há defeito e deste decorre um dano ao consumidor, mas que, na época da entrada do produto ou serviço no mercado, era desconhecido, sendo somente possível a sua constatação com os avanços científicos e tecnológicos posteriores.

A eximente dos riscos de desenvolvimento busca excluir a responsabilidade do fornecedor por esses defeitos de produtos ou de serviços que somente se tornam conhecidos em decorrência dos avanços tecnológicos posteriores ao seu ingresso no mercado de consumo, situação que tem ocorrido com frequência no setor de medicamentos, servindo de exemplo o tristemente conhecido caso talidomida (*Contergan-Thalidomida*), em que um calmante ministrado a gestantes continha uma substância, que, posteriormente, constatou-se ser causadora de severas complicações na criança⁷⁶.

A denominação corresponde à abreviatura da expressão "riscos que o desenvolvimento técnico e científico permitem descobrir", sendo chamada, nas diferentes línguas, de *development risk*, *risques de développement*, *Entwickungsgefahren*, *riesgos de desarrollo*⁷⁷.

Não se confundem os riscos de desenvolvimento com a legítima expectativa do consumidor em relação à qualidade e à segurança do produto na época em que foi colocado em circulação. Na legítima expectativa do consumidor, o produto ou serviço não apresentava defeito na época em que foi colocado em circulação, mas é superado, posteriormente, pelo surgimento de outros produtos ou serviços mais seguros e de melhor qualidade. Isso ocorre no setor de automóveis, em que a preocupação com a segurança dos veículos tem ensejado inovações tecnológicas, como modernos cintos de segurança, freios ABS, *air bag*. Os carros antigos, que não possuem esses equipamentos, não se tornam defeituosos pelas inovações operadas no mercado de consumo. E por isso, nessas situações, não é possível impor obrigação de indenizar ao fornecedor

de produtos e serviços por eventuais danos sofridos pelo consumidor⁷⁸.

O próprio CDC, nos §§ 2º de seus arts. 12 e 14, deixa expresso que não se considera um produto ou serviço defeituoso por ter sido colocado no mercado outro de melhor qualidade. Ou seja, os danos sofridos pelo consumidor decorrentes da ausência desses modernos equipamentos de segurança não são imputáveis ao fabricante do veículo automotor, pois inexistente defeito (art. 12, § 3º, II, do CDC). Assim, os avanços tecnológicos não possuem eficácia retroativa para atingir os produtos e serviços existentes, que já circulam no mercado de consumo.

Diversamente, nos riscos do desenvolvimento, o defeito já existe no momento da colocação do produto ou serviço no mercado, sendo, porém, desconhecido do fornecedor, em face do estágio científico reinante no momento da sua entrada em circulação. Nem os mais avançados conhecimentos científicos da época permitiam que fosse detectado o defeito.

No direito comunitário europeu, a eximente, embora admitida, é objeto de análise rigorosa, servindo de exemplo o caso apreciado pelo Tribunal de Hamburgo relativo a uma pessoa contaminada pelo vírus da AIDS por meio de transfusão de sangue realizada em um hospital. A alegação do estabelecimento hospitalar era que, na época da contaminação (fevereiro de 1984), não existia método confiável para detectar o vírus HIV, além de incerteza sobre os mecanismos de transmissão da doença. A alegação foi afastada com o argumento de que, na época, já se sabia que a AIDS era transmitida pelo sangue⁷⁹.

No direito brasileiro, a circunstância de o CDC ter silenciado sobre a questão, não repetindo regra idêntica à da diretiva europeia, tem suscitado questionamentos acerca da possibilidade de serem reconhecidos os riscos de desenvolvimento como uma causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor.

Benjamin, acompanhado da maioria da doutrina, manifesta-se contrariamente à possibilidade de reconhecimento da eximente, salientando que a obrigação do fornecedor é a colocação de

produtos seguros no mercado. Assim, as conseqüências dos danos causados por produtos defeituosos, ainda que desconhecidos do fornecedor na época de sua colocação no mercado, não devem ser suportadas pelo consumidor⁸⁰.

Diversamente, James Marins apresenta opinião favorável ao acolhimento dos riscos de desenvolvimento no direito brasileiro, com base nas regras do art. 10 e do art. 12, § 1º, III, combinado com o § 3º, II, do CDC. Anota que, a partir desses dispositivos legais, constata-se que apenas não é lícito ao fornecedor inserir no mercado produtos que saiba, ou deveria saber serem nocivos, considerando-se defeituosos aqueles que não apresentam a segurança legitimamente esperada na época em que foram colocados em circulação. Em outras palavras, “pode-se afirmar que é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba nem deve saber resultarem perigosos, porque o grau de conhecimento científico à época da introdução no mercado de consumo não permitia tal conhecimento”. E conclui que a eximente enquadra-se no disposto no art. 12, § 3º, II, do CDC, pois “o risco de desenvolvimento é espécie de defeito juridicamente irrelevante, insuscetível, portanto, de levar à responsabilização do fornecedor pelo fato do produto”⁸¹.

Uma tomada de posição acerca dessa *vexata quaestio* exige uma interpretação sistemática e teleológica do CDC. Inicialmente, os riscos de desenvolvimento constituem modalidade de defeito de projeto ou concepção do produto ou do serviço, estando perfeitamente enquadrados nos arts. 12, *caput*, e 14, *caput*, do CDC⁸². Desse modo, a exclusão da responsabilidade do fornecedor, nessa hipótese, deveria ter constado expressamente do rol de causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, como ocorreu no direito comunitário europeu.

A expressão “**sabe ou deveria saber**”, constante da regra do art. 10 do CDC, que proibiu a colocação no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe, ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou

segurança do consumidor não tem a extensão pretendida. A expressão significa simplesmente que o fornecedor tem o dever de apenas inserir no mercado produtos comprovadamente seguros após exaustivos testes e pesquisas anteriores à sua colocação no mercado, especialmente nos casos de setores industriais como os de medicamentos, alimentos e automóveis.

Além disso, o CDC adotou um regime de responsabilidade civil objetiva, imputando a responsabilidade ao fornecedor pelo risco de sua atividade. Ou seja, os riscos decorrentes do lançamento no mercado de produtos ou serviços defeituosos correm inteiramente por conta do fornecedor. A aceitação da eximente representaria um retrocesso no regime de responsabilidade objetiva acolhido pelo direito brasileiro, pois atribuiria os efeitos nocivos dos riscos de desenvolvimento ao próprio consumidor. Mais, a discussão em torno da possibilidade de conhecimento prévio do defeito de projeto ensejaria, de certa forma, o retorno ao sistema de um elemento subjetivo, incompatível com a responsabilidade do fornecedor que é eminentemente objetiva. Portanto, a eximente dos riscos de desenvolvimento não se mostra compatível com o sistema brasileiro de responsabilidade por acidentes de consumo adotado pelo CDC.

Caso apreciado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – ainda que referente a fato ocorrido anteriormente à vigência do CDC – serve de exemplo do rigor necessário no exame concreto da questão dos riscos de desenvolvimento⁸³. No Paraná, uma jovem de 24 anos teve prescrito pelo médico o fortificante Energisan. Após a aplicação do medicamento, agravou-se o estado de saúde da paciente, que veio a falecer. Constatou-se que o motivo da morte foi uma substância contida no medicamento (*Dinitrilla succinica*). O laboratório fabricante alegou que desconhecia a toxicidade da substância, apresentando laudo do Instituto Adolfo Lutz com a conclusão de que se tratava de efeito novo e desconhecido do medicamento.

A sentença julgou procedente a pretensão indenizatória, reconhecendo a responsabilidade do laboratório, em face da prova de que o produto já havia sido retirado do mercado em três outras

oportunidades por ter causado outros problemas. Essa decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, argumentando que a empresa correu o risco, pondo em circulação o produto sem a comprovação definitiva de sua eficiência e da ausência de seu potencial de dano da medicação. A condenação foi mantida, por esses mesmos fundamentos, pelo Superior Tribunal de Justiça⁸⁴.

A solução dada pelos julgados acima mencionados, portanto, foi perfeitamente correta, ainda que o fato seja anterior à vigência do CDC. Analisou-se objetivamente, e com rigor, o instituto dos riscos de desenvolvimento, em face dos progressos da indústria farmacêutica, tendo havido correta distribuição do ônus da prova.

Finalmente, embora entenda inaplicável a eximente dos riscos do desenvolvimento no direito brasileiro, considero que o legislador brasileiro deveria regular com maior clareza essa importantíssima questão, afastando-a expressamente do sistema. Na hipótese de acolhimento expresso dessa causa de exclusão, poderia, no máximo, ser adotada uma solução intermediária, à semelhança da Espanha, que acolheu a eximente, excluindo os setores de medicamentos e de produtos alimentícios do seu âmbito de abrangência⁸⁵. Porém, em hipótese alguma, deve-se incluir o setor de medicamentos no universo abrangido pela eximente por abranger os produtos que, tradicionalmente, têm causado os danos mais graves no mercado de consumo, não sendo razoável atribuírem-se esses riscos ao consumidor. Não podemos esquecer nossa condição de País de Terceiro Mundo, onde, freqüentemente, são testados novos medicamentos, inclusive em face da maior possibilidade de impunidade dos fornecedores⁸⁶.

7.3.7 Prescrição

O art. 27 do CDC estabelece que a pretensão à reparação dos danos provocados por acidentes de consumo prescreve em cinco anos, “iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

O termo inicial do prazo prescricional surge do conhecimento efetivo pelo consumidor de dois fatores, que são a ocorrência do

dano e a sua autoria. O prazo de cinco anos somente passa a fluir a partir do momento em que o consumidor tenha efetivo conhecimento de que foi vítima de um acidente de consumo e de quem foi o autor do fato.

Freqüentemente, o aparecimento de um dano decorrente de um produto ou serviço defeituoso demora a se manifestar, como ocorre com os efeitos colaterais de um medicamento ou de uma cirurgia, podendo-se passar, até mesmo, vários anos até que o prejudicado saiba que foi vítima de um acidente de consumo. Assim, é necessária a percepção efetiva pelo consumidor que sofreu um dano⁸⁷.

Por outro lado, pode-se ter dificuldade de se estabelecer quem é o autor ou o responsável pelo fato gerador dos danos. Exemplificativamente, o paciente passa a ter prejuízos causados por um medicamento que é produzido por vários laboratórios, devendo-se determinar qual deles é o responsável pelo medicamento que lhe causou os danos. Outro exemplo tem-se nos acidentes aéreos em que a apuração das causas e, conseqüentemente, de seus causadores é feita através de inquérito do Ministério da Aeronáutica que pode demorar vários meses. A demora na identificação dos responsáveis do fato de consumo não pode, naturalmente, prejudicar a vítima.

O critério utilizado pelo legislador para estabelecer o termo inicial da prescrição foi buscado no direito comunitário europeu, inspirando-se, mais uma vez, no art. 10 da Diretiva n. 85/374/CEE, que fixou o prazo prescricional para a demanda indenizatória em três anos, tendo por termo inicial o momento em que o "lesado teve ou devia ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor"⁸⁸.

O prazo do art. 27 do CDC é de prescrição, e não de decadência, incorrendo maior controvérsia a respeito⁸⁹. Diferentemente, o prazo do art. 26 do CDC, que se refere apenas aos vícios do produto e do serviço, regulados pelos arts. 18 a 20 do mesmo Código, é de decadência, conforme está expresso no próprio texto legal. O prazo do art. 26 é decadencial, pois envolve a própria perda do direito do

consumidor de postular a rescisão ou a alteração do negócio jurídico em que ocorreu vício no produto ou no fornecimento de serviço.

O legislador, ao elaborar o CDC, teve o cuidado de deixar expressa a natureza dos prazos dos arts. 26 e 27 para evitar as controvérsias suscitadas pelo Código Civil de 1916, que misturou prazos de prescrição e de decadência, exigindo da doutrina enorme esforço para identificar critérios distintivos entre os dois institutos⁹⁰.

O STJ teve oportunidade de julgar um caso de acidente de consumo em que o debate centrou-se exatamente em torno da natureza do prazo. Discutia-se a responsabilidade por danos provocados pelo incêndio de uma máquina, tendo o STJ concluído tratar-se de fato do produto (art. 12 do CDC) e, conseqüentemente, afastado a alegação de decadência, aplicável apenas às hipóteses de vícios do produto (arts. 18 e 20 do CDC)⁹¹. Destarte, o prazo do art. 27 do CDC é efetivamente de prescrição.

Em conseqüência, aplicam-se todas as causas de suspensão e interrupção previstas pela legislação comum, significando que o prazo de prescrição pode ser suspenso ou interrompido pelas mesmas situações previstas pelo Código Civil.

Além dessas causas normais de suspensão e interrupção, o art. 27, parágrafo único, do CDC⁹², que foi objeto de veto presidencial, previa a aplicação também das causas de obstatção da decadência estabelecidas pelo § 2º do art. 26 do CDC (reclamação formulada diretamente pelo consumidor ao fornecedor e instauração de inquérito civil). Em face do veto, essas situações não podem ser invocadas diretamente⁹³.

7.4 Conclusão

A regulamentação feita pelo legislador brasileiro da responsabilidade civil por acidentes de consumo apresenta-se como uma das mais modernas e completas do mundo, competindo aos operadores do direito conferir-lhe a merecida efetividade!

REFERÊNCIAS

AFONSO, Maria & VARIZ, Manuel. **Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità del produttore**. Milano: Giuffrè, 1987.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 132-150, jul./set. 1995.

AMORIM FILHO, Agnello. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 193, p. 30-49, nov. 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOURGOIGNIE, Thierry. **Eléments pour une théorie du droit de la consommation**. Bruxelles: Stoy-Scientia, 1988.

_____. The 1985 council directive on product liability and its implementation in the member states of the European Union and some other European States. **Ajuris**, Porto Alegre, número especial, p. 11-30, mar. 1998.

CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1986.

CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário**. v. 2. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990.

CAVALCÂNTI, Flávio de Queiroz B. **Responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 29, n. 15 e 16, p. 87-105, 1974.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **Principes fondamentaux de la responsabilité Civile en Droit brésilien et Comparè**. Paris: Es.n.J, 1988.

DENARI, Zelmo. Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção, da reparação dos danos. *In*: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 127-63.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

FERREIRA, William Santos. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, p. 77-95, abr./jun. 1994.

GARCÍA RUBIO, María Paz. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos, su impacto en el derecho español. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 66-84, abr./jun.1999.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo: Saraiva, 1987.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 118-133, abr./jun. 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, p. 277-294, jul./set. 1991.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil no Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 690, p. 287-291, abr. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da boa-fé. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 207-227, nov. 1990.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 1, 2, 3, 6, 22, 38, 53.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1993.

NORRIS, Roberto. **Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 147-68, nov. 1993.

PORTO, Sérgio José. **A responsabilidade civil por difamação no direito inglês**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. **La responsabilidad civil del fabricante**. Bolonia: Real Colegio de España, 1974.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *In*: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo César (Coords.). **Ensaio jurídicos**. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica (IBAJ), 1996. v. 1.

VERARDI, Carlo Maria. Danno risarcibile. *In*: ALPA, Guido *et al.* **La responsabilità per danno da prodotti difettosi**. Milano: Giuffrè, 1990.

VETRI, Dominick. Profili della Responsabilità del Produttore negli Stati Uniti. *In*: ALPA, Guido *et al.* **Danno da Prodotti e Responsabilità dell'Impresa**. Milano: Giuffrè, 1980.

WILL, Michael R. Responsabilità per Difetto d'Informazione nella Comunità Europea. *In*: PATTI, Salvatore (Coord.). **Il danno da prodotti in Italia-Austria-Repubblica Federale di Germania-Svizzera**. Padova: Cedam, 1990.

1 STJ, 4ª Turma, REsp 678.551/CE, Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília, 20-2-2006: "INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTROLE. 1 – A indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando se apresentar, de um lado, manifestamente irrisório ou, de outro, visivelmente exorbitante. 2 – A hipótese é de cirurgia para retirada de mamas, com a reconstituição mediante o implante de prótese de silicone. 3 – Houve necessidade de reimplante, algum tempo depois da primeira intervenção, porque uma das próteses se achava rompida, liberando substância perigosa e nociva ao organismo humano. 4 – Definida a responsabilidade da empresa fornecedora do material, a indenização por dano de cunho extrapatrimonial foi fixada em R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), que se reduz para valor equivalente a 500 salários mínimos (R\$ 150.000,00). 5 – Recurso conhecido em parte e, nesta parte, provido".

2 STJ, 4ª Turma, REsp 694.153/PE, Rel. Min. César Asfor Rocha, Brasília, 5-9-2005: "RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR. ASSALTO À AGÊNCIA BANCÁRIA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. Despicienda a análise de eventual conduta culposa por parte da instituição financeira-recorrente, visto ser objetiva a sua responsabilidade em hipóteses como a dos autos. Demais disso, em razão da previsibilidade, não configura o roubo evento de força maior, como pretendido. O valor arbitrado a título de danos morais pelos juízos ordinários não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando, portanto, a

excepcional intervenção desta Corte para rever o *quantum* indenizatório. Recurso especial não conhecido”.

3 ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità del produttore**. Milano: Giuffrè, 1987. p. 224; ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. **La responsabilidad civil del fabricante**. Bolonia: Real Colegio de España, 1974. p. 64; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 42.

4 ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *op. cit.*, p. 64. A decisão, após estabelecer uma distinção entre coisas perigosas em si mesmas (*things inherently dangerous*) e coisas perigosas em consequência de um defeito de fabricação (*things dangerous because negligent construction*), reconheceu um dever geral de diligência (*duty of care*) em relação a todas as coisas perigosas colocadas no mercado consumidor, inclusive superando a *privity of contract*.

5 SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 441; ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *op. cit.*, p. 78. Até então, exigia-se a presença de culpa, servindo de exemplo o caso *Escola v. Coca Cola Bottling Cia. of Fresno* (1944), que versava acerca da explosão de uma garrafa de refrigerante nas mãos da autora sem que tivesse sido possível precisar a causa. A Suprema Corte da Califórnia julgou procedente o pedido de indenização, mas com fundamento na *negligence* do produtor, tendo, na oportunidade, o Juiz Traynor já votado pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva do fabricante pelo defeito do produto colocado no mercado (*absolute liability*).

6 SILVA, João Calvão da, *op. cit.*, p. 442. Essa nova orientação traçada foi registrada no *Second Restatement of Torts* (Secção 402-A). O *Restatement*, embora não tenha a força vinculativa da legislação, possui grande prestígio entre os juristas americanos, sendo respeitado como um código oficioso.

7 COUTO E SILVA, Clóvis do. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparè**. Paris: Es.n.J, 1988. p. 15-16; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 300-301; PORTO, Sérgio José. **A responsabilidade civil por difamação no direito inglês**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 15-16.

8 O Tratado CEE, em seu art. 189, define a Diretiva como o ato normativo que “vincula o Estado membro quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto,

às instâncias nacionais a competência quanto à forma e quanto aos meios”. Ou seja, a Diretiva preocupa-se com os objetivos a serem alcançados, deixando a cada país a fixação dos meios e instrumentos de ação. No Regulamento, as normas apresentam, desde logo, caráter geral e obrigatório, além de aplicabilidade direta em todos os Estados-membros (art. 189 do Tratado CEE). A aplicabilidade direta das normas das Diretivas tem sido reconhecida pela jurisprudência da Corte Europeia de Justiça (CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990. v. 2, p. 262).

[9](#) SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 98 e s.

[10](#) Diretiva 85/374/CEE: “Art. 6º (Produto Defeituoso): 1. Um produto é defeituoso sempre que não ofereça a segurança que se pode legitimamente esperar tendo em conta todas as circunstâncias e nomeadamente: a) a apresentação do produto; b) o uso ao qual o produto pode ser razoavelmente destinado, e c) o momento da entrada em circulação do produto. 2. Não se considera defeituoso um produto pelo simples fato de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado”.

[11](#) ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p. 188: “Havemos de entender por ‘cláusula geral’ (*die Generalklausel*) uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (grifos nossos). Judith Martins-Costa (*op. cit.*, p. 303:) critica essa definição da técnica da cláusula geral em contraposição à técnica da casuística. Enfatiza que as cláusulas gerais são uma modalidade de normas dotadas de vagueza socialmente típica ao lado dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados. Além disso, o atributo principal das cláusulas gerais não é propriamente a “generalidade”, mas o alto grau de vagueza semântica das normas que as consagram (imprecisão de significado). Conforme SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *op. cit.*, p. 123.

[12](#) CDC, art. 12: “§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação”.

[13](#) SILVA, João Calvão da, *op. cit.*, p. 640; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). Comentários ao Código de Proteção do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 1991. p. 47; MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 119.

[14](#) BOURGOIGNIE, Thierry. The 1985 Council Directive on Product Liability and its Implementation in the Member States of the European Union and some other European States, *Ajuris*, Porto Alegre, número especial, p. 11-30, mar. 1998.

[15](#) CDC, arts. 12, § 1º, e 14, § 1º.

[16](#) SILVA, João Calvão da, *op. cit.*, p. 648.

[17](#) VETRI, Dominick. Profili della responsabilità del produttore negli Stati Uniti. *In: ALPA, Guido et al. Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa.* Milano: Giuffrè, 1980. p. 66.

[18](#) SILVA, João Calvão da. *op. cit.*, p. 656.

[19](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 61.

[20](#) ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 99, relata um caso de *recall* realizado pela Fiat Automóveis, em 1991, para troca gratuita das rodas de 14.542 veículos a partir da constatação de fissuras na roda de um automóvel.

[21](#) VETRI, Dominick, *op. cit.*, p. 66.

[22](#) ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 101.

[23](#) VETRI, Dominick, *op. cit.*, p. 66-67.

[24](#) A melhor denominação é "termo de consentimento livre e esclarecido", cuja regularidade exige o preenchimento dos seguintes requisitos: a) informações completas e adequadas sobre o tratamento e os riscos; b) compreensão pelo paciente (linguagem do paciente); c) voluntariedade da aceitação (possibilidade de recusa); d) prestação do consentimento.

[25](#) STJ, 4ª Turma, REsp 467.878/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado, Brasília, 5-12-2002: "RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente

pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido”.

[26](#) MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. § 2717, v. 22, p. 181.

[27](#) WILL, Michael R. Responsabilità per Difetto d’Informazione nella Comunità Europea. In: PATTI, Salvatore (Coord.). **Il danno da prodotti in Italia-Austria-Repubblica Federale di Germania-Svizzera**. Padova: *Cedam*, 1990. p. 60; CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1986. p. 274; BOURGOIGNIE, Thierry. **Eléments pour une théorie du droit de la consommation**. Bruxelles: Stoy-Scientia, 1988. p. 307.

[28](#) O STJ possui decisão em sentido contrário, mas que constitui precedente isolado, que não foi reiterado pela Corte Especial: STJ, 4ª Turma, REsp 258.389/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Brasília, 16-6-2005: “CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 – A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem como a súmula 341 do STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 – Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 – O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam,

permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 – Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido”.

[29](#) DENARI, Zelmo. Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção, da reparação dos danos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 127-63, em especial p. 146. Zelmo Denari critica essa estatuição do CDC, pois a considera não uma presunção legal de responsabilidade, mas uma autêntica ficção legal, já que o legislador parte de uma situação sabidamente falsa – a condição de fabricante do importador – e a supõe como verdadeira apenas para atraí-la e sujeitá-la ao império da norma. A crítica não procede, pois o legislador não supõe como verdadeira uma situação falsa, apenas ampliando o nexo de imputação para atribuir ao importador a condição de responsável solidário pelos danos causados pelo produto defeituoso.

[30](#) MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, p. 277-294, jul./set. 1991.

[31](#) COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 29, n. 15 e 16, p. 87-105, 1974.

[32](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 70.

[33](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 628.

[34](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 66 e 72.

[35](#) MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, *cit.*, p. 107.

[36](#) Art. 7º, parágrafo único, do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pelos danos previstos nas normas de consumo”. A regra guarda referência não apenas ao capítulo referente à responsabilidade por acidentes de consumo e por vícios, mas a todo o microsistema normativo de defesa do consumidor instituído pela Lei n. 8.078/90. Já o art. 25, § 1º, do CDC dispõe o seguinte: “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores”. Já essa segunda regra é restrita à responsabilidade por vícios e por acidentes de consumo.

[37](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 76; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *In*: BUSTAMANTE, Ricardo; SODRÉ, Paulo César (Coords.). **Ensaio jurídicos**. Niterói: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica (IBAJ), 1996. v. 1, p. 249.

[38](#) CDC, art. 17: "Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

[39](#) LOPES, José Reinaldo Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 83; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 68; DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 195; MARINS, James, **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, *cit.*, p. 69; NORRIS, Roberto. **Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 13; CAVALCÂNTI, Flávio de Queiroz B. **Responsabilidade por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 39.

[40](#) A Diretiva 85/374/CEE, além de estabelecer uma franquia para os danos puramente materiais de 500 ECU (art. 9º, letra b), também fixou um total máximo para as indenizações por danos pessoais (morte e lesões corporais) oriundos de um mesmo fato em, pelo menos, 70 milhões de ECU (art. 16, n. 1).

[41](#) A Lei n. 7.565/86 regula o transporte aéreo nacional, e a Convenção de Varsóvia, recepcionada pelo Decreto n. 20.704/31, com as alterações do Protocolo de Haia (Decreto n. 58.463/65), o transporte aéreo internacional.

[42](#) STJ, 4ª Turma, REsp 300.190/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 24-42001: "RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL. PAGAMENTO DE BOLSA DE ESTUDOS. DANO INCERTO E EVENTUAL. APROVAÇÃO INCERTA. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ACOLHIDO PARCIALMENTE. MAIORIA. I – Nos casos de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação

especial. II – Por se tratar de dano incerto e eventual, fica excluída da indenização por danos materiais a parcela correspondente ao valor da bolsa que o recorrido teria se tivesse sido aprovado no exame para freqüentar o curso de mestrado”.

[43](#) STJ, 2ª Turma, REsp 269.353/SP, Rel. Min. Castro Filho, Brasília, 24-4-2002: “TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL – EXTRAVIO DE CARGA – INDENIZAÇÃO INTEGRAL – CDC. I – A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia. II – Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula 168/STJ). Não conheço dos embargos”.

[44](#) SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *op. cit.*, p. 58.

[45](#) SILVA, João Calvão da, *op. cit.*, p. 669.

[46](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 65.

[47](#) TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 243; DENARI, Zelmo, *op. cit.*, p. 153.

[48](#) CAVALCÂNTI, Flávio de Queiroz B, *op. cit.*, p. 120.

[49](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 66; DENARI, Zelmo, *op. cit.*, p. 153; NORRIS, Roberto, *op. cit.*, p. 88.

[50](#) MARINS, James, **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, *cit.*, p. 152.

[51](#) CAVALCÂNTI, Flávio de Queiroz B, *op. cit.*, p. 121.

[52](#) STJ, 4ª Turma, REsp 287.849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Brasília, 17-4-2001: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens – Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC – A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC – A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte”.

[53](#) VETRI, Dominick, *op. cit.*, p. 75.

[54](#) Diretiva 374/85/CEE: “Art. 8º (Redução ou supressão da responsabilidade): 2. A responsabilidade do produtor pode ser reduzida ou suprimida, tendo em conta

todas as circunstâncias, se o dano tiver sido causado conjuntamente por um defeito do produto e por fato culposo da vítima ou de uma pessoa pela qual a vítima é responsável”.

[55](#) SILVA, João Calvão da, *op. cit.*, p. 733.

[56](#) Diretiva 85/374/CEE: “Art. 8º (Redução ou supressão da responsabilidade): 1. Sem prejuízo das disposições do direito nacional sobre o direito de regresso, a responsabilidade do produtor não é reduzida se o dano tiver sido causado conjuntamente por um defeito do produto ou pela intervenção de terceiro”.

[57](#) DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 713; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 65.

[58](#) SILVA, João Calvão da, *op. cit.*, p. 736.

[59](#) SILVA, João Calvão da, *op. et loc. cit.*

[60](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 66.

[61](#) DENARI, Zelmo, *op. cit.*, p. 154.

[62](#) DENATI, Zelmo, *op. et loc. cit.*, exemplifica com os seguintes casos: “Para ilustrar esta hipótese, podemos recorrer aos seguintes exemplos: a concessionária que, indevidamente, substitui peça ou componente de veículo novo sem a devida consulta à montadora; a farmácia, drogaria ou hospital que substitui os medicamentos prescritos no receituário médico ou altera os componentes químicos da formulação; o comerciante que adultera a composição dos produtos utilizados por agricultores ou pecuaristas”.

[63](#) DENARI, Zelmo, *op. et loc. cit.*, fornece o seguinte exemplo: “Nesta hipótese, o exemplo mais sugestivo e freqüente é o dos supermercados, cujos cuidados com produtos alimentares perecíveis sempre deixam a desejar”.

[64](#) TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 245; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 107; NORRIS, Roberto, *op. cit.*, p. 88; e CAVALCÂNTI, Flávio de Queiroz B, *op. cit.*, p. 120. Todos estes autores posicionam-se no mesmo sentido: o comerciante não é terceiro, tendo os responsáveis apenas direito de regresso contra ele em caso de sua culpa exclusiva.

[65](#) MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 628.

[66](#) TJRS, 6ª Câmara Cível, AC 598081123, Rel. Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior. Porto Alegre, 10-2-1999: "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. É objetiva a responsabilidade do produtor na hipótese de acidente de consumo. Responde, assim, perante o consumidor ou o circunstante, a fábrica de refrigerantes em razão de estouro de vasilhame, ocorrido em supermercado. Não é o comerciante terceiro, ao efeito de excluir a responsabilidade do produtor. Doutrina. De qualquer forma, ainda que o fosse, incumbe ao fabricante a demonstração inequívoca de que o defeito inexistia no produto, a caracterizar exclusividade de ação (dita 'culpa exclusiva') do comerciante. Doutrina. Apelação parcialmente provida apenas para reduzir a condenação pelo dano moral".

[67](#) VERARDI, Carlo Maria. Danno Risarcibile. *In: ALPA, Guido et al. La responsabilità per danno da prodotti difettosi.* Milano: Giuffrè, 1990. p. 69; AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. **Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos.** Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 44.

[68](#) SILVA, João Calvão da, *op. cit.*, p. 737.

[69](#) NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1993.

[70](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 67: "O caso fortuito e a força maior — A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar". No mesmo sentido, MARTINS, Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil no Código do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 690, p. 287-291, abr. 1991.

[71](#) ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 112-3.

[72](#) MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, *cit.*, p. 153; CAVALCÂNTI, Flávio de Queiroz B, *op. cit.*, p. 124; CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 375; NORRIS, Roberto, *op. cit.*, p. 92-3. Esses autores aceitam o caso fortuito e a força maior como eximentes da responsabilidade do fornecedor.

[73](#) STJ, 3ª Turma, REsp 120.647/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Brasília, 16-3-2000: "Automóvel. Roubo ocorrido em posto de lavagem. Força maior. Isenção de responsabilidade. O fato de o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil. A inevitabilidade e não a imprevisibilidade é que efetivamente mais importa para caracterizar o fortuito. E aquela há de entender-se dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se".

[74](#) STJ, 3ª Turma, REsp 330.523/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 11-12-2001: "Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte. 1. Como assentado em precedente da Corte, o 'fato de o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil' (REsp n. 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00). 2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. 3. Recurso especial conhecido e provido".

[75](#) STJ, 4ª Turma, REsp 118.123/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 25-6-1998: "DIREITO CIVIL. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. MORTE DE PASSAGEIRO DE ÔNIBUS DECORRENTE DE ROUBO OCORRIDO DENTRO DO ÔNIBUS. FORÇA MAIOR. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR DE INDENIZAR. PRECEDENTES. RECURSO ACOLHIDO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I — A presunção de culpa da transportadora pode ser ilidida pela prova da ocorrência de força maior, como tal se qualificando a morte de passageiro decorrente de assalto com violência, comprovada a atenção da ré nas cautelas e precauções a que está obrigada no cumprimento do contrato de transporte. II — Na lição de Clóvis, caso fortuito é o 'acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes', enquanto a força maior é 'o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da

obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer', com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade. Recurso conhecido e provido".

[76](#) LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *op. cit.*, p. 164.

[77](#) MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, *cit.*, p. 128.

[78](#) DENARI, Zelmo, *op. cit.*, p. 150.

[79](#) GARCÍA RUBIO, María Paz. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos, su impacto en el derecho español. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 66-84, abr./jun.1999. Decisão do OLG de Hamburgo (Alemanha) de 20-4-1990.

[80](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 67-69. No mesmo sentido, LOPES, José Reinaldo Lima, *op. cit.*, p. 67; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 111; NORRIS, Roberto, *op. cit.*, p. 90-91; DENARI, Zelmo, *op. cit.*, p. 149; CAVALCÂNTI, Flávio de Queiroz B, *op. cit.*, p. 130; CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 377; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 147-168, nov. 1993. p. 165; e ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 132-150, jul./set. 1995.

[81](#) MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, *cit.*, p. 134-135 e 137; MARINS, James. Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 118-133, abr./jun. 1993.

[82](#) LOPES, José Reinaldo Lima, *op. cit.*, p. 67-68

[83](#) STJ, 4ª Turma, REsp 6422/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília 6-6-1991.

[84](#) PASQUALOTTO, Adalberto, *op. cit.*, p. 167: após comentar o julgado do STJ, observa que, na impossibilidade de enquadramento no CDC, "não fica excluída a possibilidade de reparação pelos critérios tradicionais da culpa, fundamento sempre residual e remanescente, toda vez que alguma dificuldade se apresentar para a imputação da responsabilidade objetiva".

[85](#) GARCÍA RUBIO, María Paz, *op. cit.*, p. 75-76. A esse respeito: *Ley 22/94*, art. 6º, letra "e".

[86](#) O caso dos alimentos transgênicos, que tem sido objeto de acirrado debate, mais do que uma questão de saúde pública é um problema de direito do consumidor, devendo ser resolvido em face do dever de informação. O consumidor deve ser informado claramente acerca da origem do produto consumido, tendo o direito de optar.

[87](#) BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 138, fornece o exemplo do consumidor, contaminado pela radiação em alimentos, que começa a perder cabelo sem identificar a causa, atribuindo o fato a um problema genético.

[88](#) Diretiva 85/374/85: "Art. 10 (Prescrição): 1) Os Estados-membros prevêem na sua legislação que a ação de reparação prevista pela presente diretiva prescreve após um prazo de três anos a contar da data em que o demandante teve ou devia ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor. 2) As disposições dos Estados-membros que regulamentam a suspensão ou interrupção da prescrição não são afetadas pela presente Diretiva".

[89](#) ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *op. cit.*, p. 114; MARINS, James, **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, cit., p. 59; NORRIS, Roberto, *op. cit.*, p. 100; FERREIRA, William Santos. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, p. 77-95, abr./jun. 1994; e, DENARI, Zelmo, *op. cit.*, p. 189. Apenas este último autor afirma, equivocadamente, que o prazo seria de decadência, pois trataria do "pericimento de direitos subjetivos em via de constituição".

[90](#) AMORIM FILHO, Agnello. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 193, p. 30-49, nov. 1993.

[91](#) STJ, 4ª Turma, REsp 100.710/SP, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Brasília, 25-11-1996: "CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. PRESCRIÇÃO. A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR FATO DO PRODUTO PRESCREVE EM CINCO ANOS (ARTS. 12 E 27 DO CDC), NÃO SE APLICANDO À HIPÓTESE AS DISPOSIÇÕES SOBRE VÍCIO DO PRODUTO (ARTS. 18, 20 E 26 DO CDC). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO".

[92](#) O parágrafo único do art. 27 do CDC, que foi vetado, dizia o seguinte: "Parágrafo único. Interrompe-se o prazo de prescrição do direito de indenização

pelo fato do produto ou do serviço nas hipóteses previstas no § 1º do art. anterior, sem prejuízo de outras disposições legais”.

[93](#) FERREIRA, William Santos, *op. cit.*, p. 94.

8 CONTRATOS DE CONSUMO E O ÔNUS DA PROVA

Ada Pellegrini Grinover

Professora do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVlaw; professora titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo; presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual; doutora honoris causa pela Universidade de Milão, Itália; titular do Escritório de Advocacia APG Empreendimentos Jurídicos.

8.1 Prova e certeza

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*ex facto oritur ius*). Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as conseqüências jurídicas que resultam em seu pedido de tutela jurisdicional.

As afirmações feitas pelo autor podem corresponder, ou não, à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fato feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, podem corresponder, ou não, à verdade. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato – do autor, do réu ou de ambas as partes – constituem as *questões de fato* que devem ser resolvidas pelo juiz, à luz da *prova* dos fatos pretéritos relevantes.

Em outras palavras, sendo natural e compreensível que os interessados na solução de um conflito apresentem versões divergentes sobre a realidade, para chegar à decisão justa o magistrado tem o *poder* e, sobretudo, o *dever* de definir se cada uma daquelas afirmações está *provada*, estabelecendo assim, com

autoridade e no âmbito do processo, a *verdade* dos fatos. Por verdade deve-se entender uma verdade processual, ou seja, um grau de verossimilhança o mais possível próximo da *certeza*.

Pode-se afirmar assim, numa primeira aproximação, que a *prova* constitui o instrumento pelo qual são trazidos ao processo os elementos de informação idôneos à formação do convencimento do juiz a respeito dos fatos alegados pelas partes.

Produzida a prova, é irrelevante perquirir se foi produzida pelo autor ou pelo réu. A prova do autor pode favorecê-lo ou desfavorecê-lo, e o mesmo ocorre com a prova do réu. Ao juiz isso não importa: deve ele examinar o conjunto da prova produzida, independentemente de quem emanou, para formar o seu convencimento sobre os fatos (princípio da *aquisição*).

Repita-se que a prova dos fatos se destina a produzir no juiz a *certeza* a respeito dos fatos – ou, ao menos, um juízo de *probabilidade o mais próximo possível da certeza* – que lhe permita julgar a causa com justiça.

Essas afirmações aplicam-se à prova dos fatos em qualquer tipo de demanda. Não é diferente com relação aos fatos que derivam de contratos de consumo, ou nas relações jurídicas de consumo em geral.

Fique bem claro que, se a *prova é satisfatória*, independentemente de quem a produziu – consumidor ou o fornecedor de produtos ou serviços –, *as regras legais de distribuição do ônus da prova não entram em jogo*. Estas só se aplicam se e quando a prova produzida for insuficiente para permitir um julgamento mais próximo possível da certeza.

8.2 Incerteza e ônus da prova

Quando uma questão de fato se apresenta como irreduzivelmente incerta no processo, em tese poder-se-iam abrir para o juiz duas alternativas: a) ou o juiz *prescinde* de resolver a questão de fato; ou b) insiste em resolvê-la.

A primeira opção importaria em o juiz deixar de decidir a causa, pronunciando o *non liquet*, inadmissível no direito moderno¹. A segunda opção implica: a) o *adiamento* do problema, mediante uma decisão provisória (no estado do processo); b) o uso de um *meio mecânico* de prova, necessariamente decisório (como o duelo ou o juramento); ou, enfim, o emprego das *regras de distribuição do ônus da prova*.

Todos os ordenamentos processuais modernos escolhem a última alternativa que, além de ensejar a resolução da causa nas hipóteses de questão de fato irreduzivelmente incerta, é informada por um critério racional e de equidade que a legitima.

Entende-se por *ônus* a faculdade que, se não exercida, pode acarretar uma situação de desvantagem. Em relação à prova, trata-se de risco que recai sobre a parte por não apresentar prova que lhe favorece. O *ônus da prova*, assim, consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa.

Pela regra comum do Código de Processo Civil (art. 333), o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O fundamento dessa idéia, além de uma razão de oportunidade e de experiência, é a aplicação da equidade resultante da consideração de que, litigando as partes, na maioria dos casos, em posição de igualdade, é justo não impor a uma só o ônus da prova. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito que invoca; do réu, as provas dos pressupostos da exceção.

Na verdade, o ônus da prova, na sistemática do CPC, recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato.

Cumpra, ainda, observar que existe uma tendência processual contemporânea que prestigia o *ônus dinâmico da prova*: ou seja, a carga da prova recai sobre a parte que tem mais proximidade com os fatos e mais facilidade de prová-los. A técnica, como veremos, é adotada pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (*infra*, n. 8.4).

Repetimos que as regras de distribuição do ônus da prova servem apenas em caso de incerteza irreduzível sobre os fatos: não conseguindo o juiz convencer-se de sua verdade, em face da prova produzida, aplicará a regra do art. 333 do CPC (*no momento do julgamento*) considerando não provados os fatos que competia provar a uma das partes, quando esta não o fez.

Como última observação, vale considerar que quanto mais amplos os poderes de iniciativa do juiz com relação à prova dos fatos controvertidos, menor importância adquire a regra de distribuição do ônus da prova. Em um imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamasse a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, a disciplina legal do ônus da prova perderia todo sentido.

8.3 A inversão do ônus da prova no Código do Consumidor

Entre os direitos básicos dos consumidores, o art. 6º do CDC prevê, no inciso VIII, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Trata-se, portanto, de uma regra de inversão do ônus da prova *ope judicis*, diversa da inversão *ope legis*, obrigatória apenas em relação à *publicidade enganosa ou abusiva* (art. 38 do CDC).

Assim como a regra do art. 333 do CPC, a da inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC não pode ser aplicada senão *após o oferecimento e valoração da prova*, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme ele seu convencimento, com base nas provas produzidas pelas partes, independentemente de quem as produziu. Trata-se, como visto, de uma regra de julgamento. Nada impede, entretanto, que o juiz alerte as partes, na decisão saneadora, de que, *uma vez em dúvida*, poderá utilizar-se das regras de experiência a favor do consumidor.

O art. 6º, VIII, do CDC prevê duas situações distintas: a) verossimilhança da alegação do consumidor, e b) sua *hipossuficiência*.

Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre é que o juiz, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.

Conforme bem observa Kazuo Watanabe², cuidou o legislador, apesar disso, de explicitar a regra, e o fez com propósitos didáticos, para lembrar aos operadores do Direito, não muito propensos a semelhante critério de julgamento, que é ele inafastável em processos que tenham por conteúdo o direito do consumidor. E há, no dispositivo, também a lembrança de que, tratando-se de tutela do direito do consumidor, deve ser utilizada com mais frequência.

Na segunda situação, que é a da *hipossuficiência*, poderá ocorrer uma *verdadeira inversão do ônus da prova*.

Nas primeiras edições do *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, citado na nota acima, sustentamos a opinião de que o conceito de hipossuficiência seria o constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/50. Mas revimos essa posição. Ouça-se, mais uma vez, Kazuo Watanabe:

Em algumas hipóteses, é suficiente que o consumidor seja dispensado dos gastos com a prova para que ele tenha a proteção necessária. Porém, analisadas várias situações hipotéticas que podem ocorrer na experiência concreta, aquela inteligência do dispositivo legal não propicia a plena consecução do objetivo colimado pelo legislador. Imaginemos um conflito de interesses entre consumidor e montadora de veículos, que diga respeito a vício de fabricação do veículo. A só demonstração, por exemplo, de que o veículo efetivamente apresenta defeito no motor poderá não ser bastante para o estabelecimento do juízo de verossimilhança quanto alegação do consumidor de que é de fabricação o vício do veículo. Não se configurará, assim, a primeira situação prevista no dispositivo em análise.

Se o consumidor é pessoa dotada de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência mencionada obrigaria o consumidor a assumir o ônus da prova. Não foi isso, evidentemente, o que o legislador quis estabelecer. Numa relação de consumo como a mencionada, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica. O mesmo acontece, ordinariamente, nas relações de consumo em que outra parte tem o domínio do conhecimento técnico especializado, em mutação e aperfeiçoamento constantes, como ocorre no setor de informática. Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova, para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor³.

Foi esse, exatamente, o entendimento sustentado por Cecília Matos, na dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP, defendida com brilho. São suas palavras: "A hipossuficiência, característica integrante da vulnerabilidade, demonstra uma diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas no social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros". E acrescenta: "Pretendeu o Código de Defesa do Consumidor tutelar tanto aquele que apresente alegações verossímeis como aqueles outros que, apesar de não verossímeis suas alegações, sejam hipossuficientes e vulneráveis, segundo assim entenda o julgador com base em suas regras de experiência"⁴.

Ocorrendo, assim, situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão de que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova.

Nas hipóteses em que inexista esse flagrante desequilíbrio, nas posições do fornecedor e do consumidor, tem aplicação apenas a primeira situação (verossimilhança) prevista no dispositivo em estudo. Sendo o consumidor, em tais situações, economicamente hipossuficiente, será ele dispensado dos gastos com as provas. O mais que o magistrado poderá fazer, tal seja o custo da prova a ser colhida, por exemplo, uma perícia especializada e sua impossibilidade prática de realização gratuita, é determinar que o fornecedor suporte as despesas com a prova. O texto legal em análise permite semelhante interpretação, que conduziria a uma solução menos rigorosa que a de inversão do ônus da prova⁵.

Sobre o momento de aplicação da regra de inversão do ônus da prova, já se disse que é o momento do julgamento. Mais uma vez, a argumentação de Kazuo Watanabe é irresponsável:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são

regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória⁶. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese.

O mesmo entendimento foi sustentado por Cecília Matos na dissertação mencionada: "... no instante de sentenciar, apreciará o julgador a necessidade de utilizar-se das regras do ônus da prova, invertidas ou não". E prossegue: "A partir destes argumentos discorda-se da posição dos autores que sustentam que a inversão deve se dar no recebimento da petição inicial, no despacho saneador ou, ainda, durante a instrução, justificando esta posição com o argumento de que, do contrário, haveria ofensa à ampla defesa do fornecedor". Quanto ao direito de defesa, entende a autora da monografia que a regra de inversão do ônus da prova, estando explicitada em dispositivo de lei (art. 6º, n.VIII), não pode ser motivo de alegação de surpresa ou de pretensão à reabertura da fase instrutória. Entende aceitável, porém, que, "no saneador, alerte o magistrado para a possibilidade da aplicação do art. 6º, inc. VIII. O juiz não irá elaborar nenhum juízo de valor da prova já existente ou de julgamento, nem de modo sumário; no saneador, poderá, para ser didático como a norma é, lembrar às partes que, como em qualquer processo, poderá se utilizar das regras de experiência e atenuar a rigidez do art. 333 do Código de Processo civil"⁷.

Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível.

Não se desconhece a existência de entendimento doutrinário⁸ e de julgados que defendem a tese de que "o deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu" (TJSP, Agr. Instr. n. 014.305-5/8, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 5.9.96).

Não nos parece a melhor inteligência do dispositivo legal em análise. Na mesma linha do nosso entendimento exposto, a Col. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de proclamar que “preceito legal algum determina que o citado art. 6º, VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência”. Além disso, “se a inversão do ônus probatório, no caso do art. 6º, VIII, depende da verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas, ao menos na maioria dos casos, dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada” (Ap. Civ. n. 255.461-2/6, rel. Des. Aldo Magalhães, j. 6.4.95)⁹.

Concorda-se, todavia, com a posição que defende, como medida de boa política judiciária – na linha evolutiva do processo civil moderno, que confere ao juiz até mesmo atribuições assistenciais –, que, no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova *poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final*. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa.

8.4 A carga dinâmica da prova

Cumprir lembrar que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, elaborado pela comissão nomeada pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, coordenada por Ada Pellegrini Grinover e integrada por Antônio Gidi e Kazuo Watanabe, explicita, na linha de pensamento exposta *supra*, que “o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou

informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração” (art. 12, § 12).

Por sua vez, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo, igualmente coordenado por Ada Pellegrini Grinover, expressa o conceito de modo ainda mais minucioso:

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

Trata-se, em suma, da adoção, em matéria de direito do consumidor, da carga dinâmica da prova, superando a velha regra do art. 333 do CPC, para que o “risco de não provar” recaia sobre quem estiver mais próximo da prova dos fatos e tenha maior facilidade de demonstrá-los, como no caso de hipossuficiência do consumidor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MATOS, Cecília. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

1 Uma solução legal que se aproxima do *non liquet* está prevista, excepcionalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor que, nos incisos I e II do art. 103, determina que se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, nova ação poderá ser intentada, com idêntico fundamento, baseada em nova prova. Num certo enfoque, é como se o juiz fosse autorizado a não decidir.

2 WATANABE, Kazuo *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 812-813.

3 WATANABE, Kazuo *et al.*, *op. cit.*, p. 813.

4 MATOS, Cecília. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1993. p. 195-196.

5 WATANABE, Kazuo *et al.*, *op. cit.*, p. 814.

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

7 BEDAQUE, José Roberto Santos, *op. cit.*, p. 210-216.

8 ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 80.

[9](#) WATANABE, Kazuo *et al.*, *op. cit.*, p. 814-816.

9 ALGUNS TEMAS PONTUAIS EM DIREITO DO CONSUMIDOR

Nelcina Conceição de Oliveira Tropardi

*Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo; Gerente Jurídico Executivo da
Pirelli Pneus Ltda.*

9.1 Introdução

O presente trabalho propõe-se a abordar os desdobramentos de algumas regras contidas na Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – manifestados por meio de diversos julgados existentes sobre o tema. Não se pretende aqui esgotar a discussão existente sobre tais desdobramentos, mas tão-somente ilustrar como alguns juízes têm interpretado e aplicado a lei de defesa do consumidor ao longo dos últimos anos.

Assim sendo, pretendemos abordar a adoção da teoria finalista pelos tribunais na caracterização do consumidor pessoa jurídica e a aplicação da sistemática probatória prevista no Código de Defesa do Consumidor. Da mesma forma, teceremos considerações sobre se devem existir limites ao atendimento prestado aos consumidores pelos serviços de atendimento das empresas, sob pena de configurar a responsabilidade destas pelos danos alegados por aqueles. Por fim, pretendemos analisar a utilização do dever de informação como estratégia de defesa em demandas movidas por consumidores.

9.2 A caracterização do consumidor pessoa jurídica em decisões judiciais

O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor define consumidor “como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A partir do conceito acima transcrito verifica-se que o Código levou em consideração o caráter econômico do conceito de consumidor, isto é, reconheceu como consumidor o sujeito que adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final, para suprir uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade econômica¹.

Antônio Herman V. e Benjamin apresenta uma definição bem completa de consumidor como

todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais².

A questão que se coloca é saber se as pessoas jurídicas podem ser consideradas consumidores para efeitos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às suas demandas. A doutrina e a jurisprudência, ainda que exista divergência quanto aos critérios que devam ser utilizados nesta caracterização, parecem entender que as pessoas jurídicas foram incluídas na definição de consumidor, desde que adquiram um produto ou contratem um serviço como destinatário final e não como insumos necessários ao desenvolvimento de sua atividade econômica. Segundo Cláudia Lima Marques, a delimitação da expressão “destinatário final” é

fundamental nesta caracterização da pessoa jurídica como consumidora³.

Para esta autora, o destinatário final é o destinatário fático e econômico de um produto ou serviço, isto é, é quem retira o bem do mercado e o consome, colocando um fim na cadeia de consumo. Não poderá haver reutilização do bem ou serviço na cadeia produtiva de quem o adquiriu, pois, se isto ocorrer, este bem ou serviço retornará ao mercado de consumo⁴.

Existem duas teorias adotadas pelos consumeristas ao interpretar o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor quanto ao enquadramento das pessoas jurídicas no conceito de consumidor: a teoria finalista e a maximalista⁵. É aqui, pois, que reside o ponto de discórdia acima mencionado. A teoria finalista preconiza que a expressão "destinatário final" do art. 2º deve ser interpretada de forma restritiva, o que significa que será consumidor apenas aquele que adquirir um bem ou serviço para seu consumo, para satisfação de uma necessidade pessoal.

Para a teoria finalista, para que uma pessoa jurídica seja considerada consumidora, é fundamental que a destinação final seja entendida como econômica, isto é, que a aquisição do bem ou a contratação de um serviço tenha por objetivo satisfazer uma necessidade própria do adquirente e não seja destinada ao desenvolvimento de sua atividade econômica ou comercial. Em outras palavras, significa afirmar que não se admite que o consumo tenha por finalidade o melhoramento de uma atividade econômica⁶.

Já os adeptos da teoria maximalista defendem, por sua vez, que o art. 2º deve ser interpretado da forma mais extensiva possível, de forma que consumidor seria aquele que simplesmente retira o produto do mercado e o consome. Não importa aqui se este consumo será para satisfação de uma necessidade própria, pessoal. Isto é, para a teoria maximalista, a pessoa jurídica será considerada consumidora se pura e simplesmente realizar o ato de consumo, o que significa que ela apenas deverá ser a destinatária fática do produto ou serviço, ou, em outras palavras, deverá ser a responsável por retirá-lo do mercado de consumo.

A teoria maximalista não se preocupa, portanto, com a finalidade do ato de consumo, sendo totalmente irrelevante se a pessoa objetiva a satisfação de uma necessidade própria ou profissional. Por conseqüência, é totalmente dispensável qualquer cogitação acerca de sua vulnerabilidade. Para os maximalistas, a destinação do bem ou serviço adquirido apenas descaracterizará a relação de consumo se ele passar a integrar o produto ou serviço que será inserido no mercado de consumo pela pessoa jurídica adquirente⁷.

No tocante aos julgados existentes sobre o tema, existem precedentes da 4ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça adotando a teoria finalista⁸, enquanto a Primeira e Terceira Turmas identificavam-se com os pressupostos da teoria maximalista⁹. Contudo, com o julgamento do REsp n. 541.867-BA, a 2ª Seção do STJ superou a divergência apontada, afirmando a teoria finalista como aquela que melhor interpreta o alcance da expressão “destinatário final” presente no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor¹⁰.

O caso apreciado pela 2ª Seção do STJ, por meio do Recurso Especial acima mencionado, versa sobre empresa comercial filiada ao sistema de cartão de crédito administrado por outra empresa que enfrentou problemas com o repasse dos valores gastos pelos consumidores em seu estabelecimento. A autora da ação pleiteou sua caracterização como consumidora e aplicação do Código de Defesa do Consumidor à demanda sob a alegação de ser usuária do serviço oferecido pela empresa ré.

O Ministro Barros Monteiro, ao apreciar a questão, assim se manifestou sobre a caracterização da empresa comercial como consumidora:

No caso em exame, a autora filiou-se ao sistema de cartão de crédito administrado pela ré, ou seja, aproveita ela o equipamento cedido pela ré e o serviço de crédito colocado pela empresa administradora à disposição do mercado.

Ocorre no caso o que se denomina o “consumo intermediário”; vale dizer, a pessoa natural ou jurídica comerciante emprega o sistema de crédito ou de pagamento à vista por meio eletrônico, fornecido pela administradora de cartão de crédito, como forma de incrementar as suas atividades comerciais. Não há como dissociar o uso do seu desempenho profissional do objetivo de facilitar a prestação de serviços a seus clientes, até mesmo com a finalidade de ampliar os lucros.

A lei consumerista, à evidência, não veio contemplar o comerciante, puro e simples, que, no seu campo de atuação profissional, adquire bens e contrata serviços com a finalidade de implementar a sua atividade negocial. O produto adquirido não se destina ao consumo próprio, daí por que inexistente a relação de consumo a atrair a competência da vara especializada (...)¹¹.

Há outro julgamento do STJ que noticia a superação da discussão e a conseqüente adoção da teoria finalista. Trata-se do caso de empresa que ajuizou ação de indenização em face de outra pessoa jurídica com o objetivo de se ressarcir de prejuízos decorrentes da impossibilidade de usufruir as sobras de gás remanescentes em recipientes de gás GLP. Estas sobras são devolvidas à fornecedora, pois, diante das características peculiares do produto, é inviável sua utilização até o final. A autora da ação requereu a aplicação do CDC à demanda.

O STJ entendeu que a autora deveria ser enquadrada no conceito de consumidor com base na teoria finalista. Do voto da Ministra Relatora¹², colhem-se as seguintes passagens:

Recentemente, a Segunda Seção deste STJ superou a discussão acerca do alcance da expressão “destinatário final”, consoante o art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.

Segundo a teoria preferida, a aludida expressão deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo, e

entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado – o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.

Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: **deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.**

Nesse prisma, a expressão 'destinatário final' não compreenderia a pessoa jurídica empresária.

Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, **ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto.**

Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte *vulnerável* de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código *o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado*, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I).

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. **Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.**

Por isso mesmo, 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, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. (...)

De fato, os critérios jurisprudenciais têm avançado no sentido de se reconhecer a necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, por exceção, a equiparação e a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários. Superada a questão da "destinação final" do produto, agora a jurisprudência é incitada à formação das diretrizes para o reconhecimento da vulnerabilidade ou da hipossuficiência (aspecto processual) no caso concreto. (...)

Com essas considerações, seja por reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica empresária, em face da suprema necessidade do bem para o exercício da atividade hoteleira (vulnerabilidade fática), da natureza adesiva do contrato de compra e venda estabelecido (vulnerabilidade jurídica), e da impossibilidade de extração total do produto dos botijões (vulnerabilidade técnica); ou seja por equiparação, em razão da exposição da sociedade empresária às práticas comerciais abusivas, o CDC deve ser aplicado à hipótese, ainda que por fundamentos diversos daqueles esposados pelo acórdão recorrido (negritos nossos)¹³.

A análise deste acórdão mostra-nos que a pessoa jurídica somente será considerada consumidora se, de alguma maneira, ficar constatada sua vulnerabilidade. Em outras palavras, a vulnerabilidade é o elemento identificador da condição consumidora de uma pessoa jurídica.

Existem outros julgados do STJ neste mesmo sentido, conforme segue:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO – EQUIPAMENTOS MÉDICOS – RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA – HIPOSSUFICIÊNCIA INEXISTENTE – FORO DE ELEIÇÃO – PREVALÊNCIA – ADITAMENTO AO INCIDENTE – AUTORIDADE JUDICIAL DIVERSA – INADMISSIBILIDADE.

1. A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Conclui-se que, mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência da adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito. Precedentes.

2. Na assentada do dia 10.11.2004, porém, ao julgar o REsp n. 541.867/BA, a Segunda Seção, quanto à conceituação de consumidor e, pois, à caracterização de relação de consumo, adotou a interpretação finalista, consoante a qual reputa-se imprescindível que a destinação final a ser dada a um produto/serviço seja entendida como econômica, é dizer, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfarão uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive a incrementação de atividade profissional lucrativa.

3. *In casu*, o hospital adquirente do equipamento médico não se utiliza do mesmo como destinatário final, mas para desenvolvimento de sua própria atividade negocial; não se caracteriza, tampouco, como hipossuficiente na relação contratual travada, pelo que, ausente a presença do consumidor, não se há que falar em relação merecedora de tutela legal especial. Em outros termos, ausente a relação de consumo, afasta-se a incidência do CDC, não se havendo falar em abusividade de cláusula de eleição de foro livremente pactuada pelas partes, em atenção ao princípio da autonomia volitiva dos contratantes.

4. "O aditamento da inicial para incluir ação ou autoridade judicial anteriormente não relacionada, ainda que incogitáveis à época, não tem lugar após a decisão liminar, em que delimitado o alcance provisório das atribuições dos Juízos envolvidos. Precedente" (CC 40.451/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 18.10.2004).

5. Conflito conhecido, para declarar a incompetência do d. Juízo de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP¹⁴.

Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC – 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. 2º do CDC¹⁵.

Direito Civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. – 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. Negado provimento ao agravo¹⁶.

QUARTA TURMA. COMPETÊNCIA. EMPRESA. FINS LUCRATIVOS. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA.

Em ação de indenização por danos morais e materiais, a empresa alega a suspensão indevida do fornecimento de energia elétrica pela concessionária. Por outro lado, a ré sustentou preliminares de ilegitimidade ativa, incompetência da vara de defesa do consumidor por não existir relação de consumo e inépcia da inicial. O Tribunal *a quo* manteve a decisão agravada que rejeitou as preliminares. Daí o REsp da concessionária ré. A Turma, em princípio, examinou a questão relativa à admissibilidade e processamento desse REsp e reconheceu que, como a discussão versa sobre competência, poderia influenciar todo o curso processual, justificando, pela excepcionalidade, o julgamento do REsp, sem que ele permanecesse retido, conforme tem admitido a jurisprudência. A Turma também reconheceu a legitimidade ativa da recorrida, pois cabe à locatária, no caso a empresa, o pagamento das despesas de luz (art. 23 da Lei do Inquilinato). Mas proveu o recurso quanto à inexistência de consumo e a conseqüente incompetência da vara especializada em Direito do Consumidor. Argumentou-se que a pessoa jurídica com fins lucrativos caracteriza-se, na hipótese, como consumidora intermediária e a uniformização infraconstitucional da Segunda Seção deste Superior Tribunal perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, na qual o consumidor requer a proteção da lei. O Min. Relator ressaltou que existe um certo abrandamento na interpretação finalista a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, tendo em vista a hipossuficiência. Entretanto, no caso concreto, a questão da hipossuficiência da empresa recorrida em momento algum restou reconhecida nas instâncias ordinárias. Isso posto, a Turma reconheceu a nulidade dos atos processuais praticados e determinou a distribuição do processo a um dos juízos cíveis da comarca. Precedente citado: REsp 541.867-BA¹⁷.

Há decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados que também se baseiam na teoria finalista, conforme podemos notar nos seguintes casos:

Agravo de Instrumento. Inversão do ônus da prova. Aplicação do CDC à pessoa jurídica. Teoria finalista mitigada. Precedentes do STJ. O que caracteriza a incidência do Código de Defesa do Consumidor é a vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica, que atue como consumidora intermediária. Inexistência de vulnerabilidade da agravante que impossibilita a incidência das regras do CDC. Recurso desprovido¹⁸.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. ALEGAÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA, A RESPEITO DAS LIMITAÇÕES CONTRATUAIS. AUSÊNCIA DE PROVA DE VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÃO ENGANOSA A RESPEITO DO PRODUTO OU SERVIÇO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONCEITO DE CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA.

A pessoa física ou jurídica que adquire o produto para consumo próprio insere-se no conceito de consumidor, pois que, para a teoria finalista, a “destinação final”, cuja idéia vem concebida no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, é a econômica, e não a fática. (...) ¹⁹.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE CORRETAGEM OU DE CONSIGNAÇÃO PARA VENDA. VENDA DE BEM ABAIXO DO PREÇO PRETENDIDO PELO PROPRIETÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICA INCONTROVERSA. FALTA DE PROVAS SOBRE O PREÇO DO BEM. ACATAMENTO DA SEMI-SOMA DOS PREÇOS ADMITIDOS PELAS PARTES. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. Segundo entendimento pacificado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, não há relação de consumo se não existe hipossuficiência por parte de quem assumiria a posição de consumidor e que, ao mesmo tempo, utiliza-se de um serviço prestado, não em caráter finalístico ou profissional pela parte contraposta, para fomentar sua atividade e modernizar seu equipamento. Mitigada a teoria finalista que vem regendo a aplicação do CDC. (...) ²⁰.

A adoção da teoria finalista na caracterização da pessoa jurídica como consumidora mostra-se mais adequada e alinhada à finalidade precípua do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, proteger o elo mais fraco na relação de consumo. O Código é norma protetiva, que deve ser aplicada às situações em que uma das partes – o consumidor – é vulnerável e hipossuficiente diante da outra parte, o fornecedor; é, em outras palavras, uma norma que se destina a restabelecer o equilíbrio de forças entre as partes de uma relação de consumo²¹.

Assim sendo, não faz o menor sentido que seja aplicado indiscriminadamente para solução dos conflitos entre iguais, quando não se constata a vulnerabilidade e a hipossuficiência de uma parte perante a outra.

9.3 A aplicação da sistemática probatória prevista no Código de Defesa do Consumidor

As relações de consumo, conforme discutimos no item anterior, diferentemente do que ocorre nas relações paritárias onde há equilíbrio entre as partes contratantes, são caracterizadas pela existência de um patente desequilíbrio entre fornecedor e consumidor, uma vez que este é flagrantemente vulnerável perante o primeiro.

Assim, diante desta constatação, tivemos o surgimento no ordenamento jurídico pátrio do Código de Defesa do Consumidor, que tem por finalidade estabelecer mecanismos de proteção ao consumidor, na medida em que este se encontra em flagrante desvantagem no jogo econômico. É esta, pois, a principal função do Código, caracterizado, segundo Cláudia Lima Marques, por uma "(...) visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do

equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no mercado”²².

Segundo Sérgio Cavalieri Filho,

a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do nosso Código do Consumidor; ele existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor. E foi justamente em razão dessa vulnerabilidade que o Código introduziu profundas alterações em nosso direito obrigacional (...). Consagrou, por exemplo, uma nova concepção de contrato – um conceito social – no qual a autonomia da vontade não é mais o seu único e essencial elemento (...). Ao juiz foram outorgados poderes especiais, não usuais no direito tradicional, que lhe permitem, por exemplo, inverter o ônus da prova em favor do consumidor (...)²³.

Todas essas alterações e essas novas regras têm por objetivo o restabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo. São regras que irão compensar o consumidor diante de sua reconhecida vulnerabilidade²⁴.

Nesse sentido, o art. 4º do Código traz alguns princípios que demonstram claramente sua preocupação com o restabelecimento do equilíbrio entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo. São eles: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (inciso I); a ação do governo no sentido de proteger o consumidor (inciso II); harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento tecnológico e econômico (inciso III); educação e informação dos participantes das relações de consumo quanto aos seus direitos e deveres (inciso IV); incentivo à criação de meios de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços e de mecanismos alternativos de soluções dos conflitos (inciso V); coibição dos abusos (inciso VI); racionalização e melhoria dos serviços públicos (inciso VII); e monitoramento do mercado (inciso VIII).

Iremos aqui analisar brevemente apenas o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, pois em nossa opinião, este princípio relaciona-se diretamente com a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no Código. Isto é, o direito do consumidor à facilitação da defesa de seus direitos, materializada por meio da possibilidade de se inverter o ônus da prova em demandas judiciais, decorre diretamente do reconhecimento de sua vulnerabilidade diante dos fornecedores.

Dessa forma, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é de extrema relevância no campo da proteção do consumidor. É este princípio que indica como o Código deve ser interpretado e aplicado²⁵. É o reconhecimento expresso por parte do Estado de que o consumidor é, sim, o elo mais frágil no jogo de forças do mercado e, por esta razão, merecedor de uma tutela especial, focada em sua proteção.

Existem três tipos de vulnerabilidade: a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade fática e a vulnerabilidade jurídica²⁶. A primeira manifesta-se quando o consumidor não dispõe de conhecimentos específicos sobre o produto que está adquirindo e, por esta razão, está sujeito a ser mais facilmente ludibriado pelo vendedor²⁷. É o que ocorre, por exemplo, na aquisição dos modernos equipamentos eletrônicos, onde o consumidor, diante dos inúmeros modelos e possibilidades e se não tiver conhecimentos específicos sobre eles, poderá adquirir um produto que não atenda exatamente a suas necessidades.

A vulnerabilidade fática é definida como “aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo”²⁸. A vulnerabilidade jurídica, por sua vez, também conhecida como científica, é a “falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”, sendo “*presumida* para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física”²⁹. No tocante aos profissionais e pessoas jurídicas, ao contrário, milita a presunção em contrário, de forma que se considera que eles possuem conhecimentos jurídicos e econômicos mínimos “para poderem exercer a profissão, ou devem

poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se”³⁰.

Uma vez tendo passado rapidamente pelo princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, bem como pelos tipos de vulnerabilidades, cabe-nos agora analisar o direito à facilitação da defesa de seus direitos, previsto no inciso VIII do art. 6º do CDC.

Pois bem. O referido inciso VIII dispõe, como um dos direitos básicos dos consumidores, sobre “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Aqui, temos o afastamento, em determinadas circunstâncias, de uma regra basilar do direito processual, qual seja, a de que ao autor de uma demanda judicial cabe provar suas alegações.

O CDC afasta esta regra para permitir ao juiz inverter o ônus da prova e transferir ao fabricante o dever de desconstituir as alegações do consumidor, isto é, o dever de alegar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte demandante – o consumidor –, constituindo este direito, conforme já mencionamos, em mais uma materialização do princípio que reconhece a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC).

Contudo, a inversão do ônus da prova prevista no inciso ora em análise não se manifesta automaticamente; ao juiz caberá determiná-la se, e somente se, identificar verossimilhança nas alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. Nelson Nery Junior, ao manifestar-se sobre o tema, ensina que são duas

as oportunidades em que o juiz poderá agir na forma autorizada pelo Código: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil a alegação do consumidor. Não há necessidade de ambas as circunstâncias estarem presentes para que o juiz possa assim agir: basta que uma delas exista³¹.

O requisito que mais suscita inquietações é o da hipossuficiência, quando já assentado que ela não é somente a econômica, mas também a técnica e a jurídica ou científica, o que significa afirmar que se o consumidor não dispuser de condições econômicas, técnicas ou do conhecimento necessário para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, deverá o juiz inverter o ônus da prova e determinar ao fornecedor o ônus de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor³². A inversão do ônus da prova teria, assim, por finalidade assegurar o acesso do consumidor à efetiva defesa de seus direitos.

Ao se analisar a possibilidade de inversão do ônus da prova, duas questões se colocam, quais sejam: o momento em que o juiz deve decretar a inversão do ônus da prova, isto é, se ele deve decretar esta inversão no momento do julgamento ou durante a fase probatória e a chamada prova negativa, na medida em que o fornecedor é compelido a provar que seu serviço ou produto não provocou os danos alegados pelo consumidor. O Recurso Especial n. 422.778/SP (2002/0032388-0)³³ analisou estas questões à luz de um caso concreto, tendo os ministros abordado estes pontos com profundidade.

Relatam os autos deste processo que um consumidor, em viagem de carro com sua família pelo interior do Estado de São Paulo, teria adquirido uma garrafa de refrigerante em posto de gasolina e, ao tentar abri-la, devido à pressão interna do produto, esta teria explodido, e sua tampinha arremessada com força a ponto de atingir seu olho esquerdo, deixando-o com lesões permanentes.

No julgamento deste recurso, restou decidido que é inexata a afirmação de que a prova negativa é impossível de ser produzida. Com efeito, do voto da Ministra Nancy Andrighi extrai-se a seguinte passagem:

(...) *Não é exato, como outrora se ensinava, que a negativa não exige prova, de forma que o onus probandi é sempre de quem afirma. [...] Certa, pois, a conclusão de EDUARDO COUTURE de que tanto “doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos. Nenhuma regra positiva ou lógica dispensa o litigante de produzir prova de suas alegações”.* (cfr. José Frederico Marques, Manual de direito processual civil, 2ª volume, processo de conhecimento, 1ª parte; 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 1989, páginas 195/196; no mesmo sentido, ainda, Nelson Nery Jr. e Rosa M. A. Nery, **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 7ª edição, rev. e ampl., São Paulo: RT, 2003, pág. 724).

(...) a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa contrária àquela deduzida pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”³⁴.

A respeito da prova negativa, parece estar assentado na jurisprudência pátria o entendimento de que a prova negativa é perfeitamente possível, desde que haja uma afirmativa positiva que possa ser demonstrada. Por outro lado, nas circunstâncias em que não é possível extrair uma situação positiva passível de comprovação, tem-se configurada a prova negativa pura e simples, impossível de ser demonstrada. Assim, se o consumidor ingressar com uma demanda judicial em face de um fornecedor e não apresentar indícios mínimos desta relação de consumo, resta inviabilizada qualquer prova negativa por parte do fornecedor, na medida em que este não terá, por exemplo, condições de provar que não celebrou determinado contrato com o consumidor³⁵.

Quanto à segunda questão que merece destaque, qual seja, o momento processual em que deve ser decretada a inversão do ônus da prova, o recurso especial ora em análise entendeu que esta inversão é regra de julgamento, o que significa afirmar que é lícito

ao julgador determiná-la somente em sua sentença, quando já esgotada, por óbvio, a fase de instrução processual.

Segundo a Ministra Nancy Andrichi,

a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC, é regra de julgamento. (...) E não poderia ser diferente, porquanto se o inc. VIII, do art. 6º, do CDC, determina que o juiz inverta o ônus da prova a favor do consumidor quando entender verossímil a sua alegação ou quando considerá-lo hipossuficiente; isso só pode ser feito senão após o oferecimento e a valoração das provas produzidas na fase instrutória, se e quando, após analisar o conjunto probatório, ainda estiver em dúvida para julgar a demanda (sendo dispensável a inversão, caso forme sua convicção com as provas efetivamente produzidas no feito). Assim, se no momento do julgamento houver dúvida sobre algum ponto da demanda, essa dúvida deve ser decidida a favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC³⁶.

Em sentido contrário, há o voto do Relator, Ministro Castro Filho, afirmando que

a inversão do ônus da prova deve ser decretada pelo juiz antes da sentença, pois se configura regra de procedimento, cuja finalidade é de possibilitar que as partes possam melhor se conduzir no processo, especialmente para que saibam a qual delas toca o ônus de produzir a prova. Na verdade, o que não pode ser admitido é que o magistrado, presentes os requisitos do dispositivo de regência, não defira a inversão no momento da dilação probatória, para fazê-lo em outro, após passada a fase probatória, haja vista caracterizar violação ao princípio do contraditório³⁷.

A conseqüência prática da adoção deste entendimento é que o fornecedor sempre deve esperar e saber, desde o início de uma

demanda judicial, que o ônus da prova é dele, devendo, em qualquer circunstância, provar tudo o que estiver ao seu alcance, inclusive negativamente.

Parece-nos, contudo, que a adoção deste entendimento é contraditória à regra contida no Código de Defesa do Consumidor que preconiza que o ônus da prova deve ser invertido pelo juiz quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando for este hipossuficiente. Ora, prevalecendo a tese de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, o fornecedor deverá esperar e saber, desde o início de uma demanda judicial, que lhe caberá o ônus da prova, o que, na prática, significará que o ônus da prova será sempre automaticamente invertido, independentemente da avaliação do juiz, uma vez que o fornecedor deverá, em qualquer circunstância, produzir as provas que entender necessárias à sua defesa.

Por fim, no tocante à inversão do ônus da prova, há que se ressaltar que esta possibilidade não afasta do consumidor sua obrigatoriedade de manter as mínimas condições fáticas para realização de uma prova pericial por parte do fornecedor. Se o consumidor, por seu próprio descuido, tornar impossível a realização de uma perícia judicial, não há falar em inversão do ônus da prova³⁸.

9.4 O atendimento prestado aos consumidores pelos serviços de atendimento e as demandas judiciais

Deve uma empresa impor limites ao atendimento que presta aos consumidores que entram em contato com seu serviço de atendimento para relatar supostos danos experimentados em virtude da utilização de algum produto ou serviço? Pode o atendimento disponibilizado por uma empresa ser um indício de sua responsabilidade diante dos danos relatados?

Essa questão é extremamente relevante nos dias atuais, na medida em que os serviços de atendimento ao consumidor

constituíram-se em vantagem competitiva para as empresas. Ter um serviço de atendimento estruturado é um procedimento mínimo que deve ser adotado por qualquer empresa que deseja construir uma reputação sólida no mercado de consumo. Não se concebe mais, portanto, empresas despreparadas para bem atender seus consumidores. Nesse sentido, não basta fabricar um bom produto; a empresa deve estar capacitada para atender adequadamente o consumidor que lhe procura para relatar alguma experiência vivida em decorrência da utilização de um produto ou serviço.

O limite deste atendimento dependerá, por óbvio, do tipo de produto ou serviço disponibilizado pela empresa e da expectativa do consumidor do segmento considerado. Este atendimento deverá, ainda, pautar-se pelo bom senso, levando em conta a medida do dano e a expectativa do próprio consumidor. É preciso sensibilidade para apurar o grau de insatisfação do consumidor e mensurá-lo com o dano sofrido; o resultado dessa equação, que deve ser balizada pelo bom senso, dará a medida do atendimento a ser prestado ao consumidor.

Nesse sentido, existem produtos e serviços que permitem um atendimento mais distanciado, enquanto outros demandam uma intervenção mais ativa e até mesmo assistencial das empresas. Esta postura é esperada pelo consumidor no caso, por exemplo, de produtos cosméticos, de limpeza doméstica e dos planos de saúde, apenas para citar alguns exemplos.

Se um consumidor entra em contato com um serviço de atendimento ao consumidor para relatar uma reação alérgica a determinado produto, ele espera ser atendido por um médico, bem como o reembolso dos medicamentos que teve de utilizar em virtude da referida reação. Se a empresa forneceu tal atendimento, isto é, disponibilizou o atendimento médico e reembolsou o valor gasto em medicamentos, isto não pode ser considerado como assunção de responsabilidade pelo dano experimentado pelo consumidor.

Neste sentido, aliás, há sentença proferida nos autos de processo judicial que, diante de perícias desfavoráveis em relação ao pleito do

consumidor, assim se manifestou em relação ao atendimento prestado pela empresa e a suposta presunção de culpa desta:

... à falta de segurança probatória quanto a esses elementos não é possível o acolhimento do pleito, não sendo adequada a sugerida presunção, unicamente à vista da conduta da ré, que disponibilizou creme quando procurada em serviço de atendimento telefônico, sob pena de se estar contribuindo para a extinção do mínimo de solidariedade ainda existente nas relações comerciais³⁹.

Por outro lado, um atendimento ao consumidor deficitário pode ensejar a condenação da empresa em danos morais, conforme podemos observar nos seguintes julgados:

CONSUMIDOR. TELEFONIA. COBRANÇA INDEVIDA POR LIGAÇÕES NÃO EFETUADAS E SERVIÇOS NÃO UTILIZADOS. BLOQUEIO DE LINHA TELEFÔNICA POR FALTA DE PAGAMENTO. RISCO DE NEGATIVAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO.

Consumidor que tem lançado em sua fatura telefônica móvel ligações não efetuadas e serviços não solicitados, acionando o serviço de atendimento ao consumidor e resolvendo, inicialmente, o problema. Em ato posterior, restou demonstrada a ineficiência do *call center* da operadora, já que houve a persistência da cobrança, bloqueio da linha e ameaça de negativação. Conduta ilícita da fornecedora que reclama sancionamento pedagógico-compensatório pela via do dano moral.

Provido o recurso do autor e desprovido o recurso da ré. Unânime⁴⁰.

TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANO MORAL. HABILITAÇÃO FRAUDULENTE DE LINHAS DE CELULAR. COBRANÇA MOLESTADORA E INEFICIÊNCIA DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO.

I. Evidenciada a inexigibilidade do débito, uma vez que a ré reconheceu isso diante da fraude havida quando da habilitação das linhas telefônicas móveis.

II. A cobrança de débito inexistente, de forma insistente e inoportuna, acarretando molestação séria da ofendida, inclusive de familiar idoso, *aliada à ineficiência do serviço de atendimento ao consumidor, acionado insistentemente para solução do problema a que se viu a parte submetida injustamente, configura dano moral indenizável, não só pela angústia, mas também pela desconsideração com a pessoa do consumidor, que se vê submetido à situação de constrangimento ilícito.*

Recurso desprovido. Unânime (grifamos)⁴¹.

CONSUMIDOR. INTERNET BANDA LARGA (...). SERVIÇO NÃO SOLICITADO OU UTILIZADO. COBRANÇA INDEVIDA. DANO MORAL.

I. Ao impor ao consumidor a cobrança indevida pelo serviço de acesso por banda larga à Internet (...) não solicitado, nem utilizado, incorre a operadora de telefonia em grave falha do serviço.

II. Resulta indevida e, pois, repetível em dobro, a cobrança decorrente de tal situação, que no caso concreto perdurou mesmo a despeito de ordem judicial em sentido contrário.

III. *Dano moral evidenciado no caso concreto, onde o consumidor é submetido a um serviço de atendimento ao consumidor “0800” ineficiente e eficaz, fazendo-o perder horas ao telefone e provocando-lhe sensação de impotência e humilhação pela submissão, repercutindo diretamente sobre a sua tranqüilidade.* Finalidade dissuasória.

Recurso desprovido. Unânime (grifamos)⁴².

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – SPC. SUSPENSÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TV A CABO E DE INTERNET DE BANDA LARGA. COBRANÇA INDEVIDA GERADORA DA INSCRIÇÃO. TRATAMENTO INDIGNO EM SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR POR TELEFONE. VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE EXCEDE JUSTIFICADAMENTE AO PARÂMETRO OBSERVADO PELA TURMA RECURSAL EM SITUAÇÕES DE MERA INSCRIÇÃO EM ROL DE DEVEDORES. INOCORRÊNCIA DE DESERÇÃO.

(...)

2. Não tendo a situação de fato se limitado à cobrança indevida, por estarem os serviços suspensos, e à inclusão do nome da autora no cadastro de inadimplentes, *mas recebendo a mesma também tratamento desrespeitoso e indigno no serviço de atendimento ao consumidor prestado pela ré*

por telefone, mostra-se justificável a elevação do valor da indenização por danos morais.

(...)

Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso Improvido (grifamos)⁴³.

Vemos em todos os julgados acima transcritos que um serviço de atendimento deficitário gera inúmeras frustrações nos consumidores, de forma que é salutar que o jogo de forças no mercado, marcado pela forte concorrência entre as empresas, opere no sentido de incentivar aprimoramentos neste setor. Nesse sentido, se este jogo competitivo entre empresas não promove naturalmente tais melhorias, devem o Poder Judiciário e o governo atuar nesse sentido⁴⁴, uma vez que não se podem conceber serviços de atendimento ao consumidor que atuem de forma desrespeitosa e indigna, pois, atualmente, eles se constituem um importante canal de comunicação existente entre as empresas e seus consumidores.

Dessa forma, é perfeitamente compreensível que empresas queiram manter um atendimento eficiente e eficaz, com condições de resolver adequadamente os problemas relatados por seus consumidores. Não se pode, contudo, entender que tal atendimento seja um indicador, ou melhor, presunção de responsabilidade da empresa diante dos danos relatados pelo consumidor, sob pena de, nos termos bem apregoados na sentença acima citada, promover a extinção da solidariedade existente nas relações de consumo.

9.5 A utilização do dever de informar como estratégia de defesa nas demandas promovidas por consumidores

O dever de informar do fornecedor está diretamente relacionado a três direitos básicos dos consumidores, previstos nos incisos II, III e IV do art. 6º do CDC e aos princípios da transparência e da veracidade.

O referido inciso II determina que é direito básico do consumidor “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”. Este direito determina uma transmissão adequada de informações ao consumidor, a fim de que este possa exercer sua liberdade de escolha e possa se colocar em posição de igualdade nas contratações que celebrar.

A educação mencionada neste inciso, segundo a lição de José Geraldo Brito Filomeno, deve ser considerada em dois aspectos: (i) a educação formal, a ser ministrada em escolas públicas e privadas; e (ii) a educação informal, que deve ser promovida pelos fornecedores por meio de suas técnicas de *marketing*, informando-se os consumidores a respeito das características dos produtos e serviços colocados à sua disposição ou que ainda serão lançados no mercado⁴⁵.

Este trabalho de transmissão ou fornecimento de informação deve ser constante e ter por objetivo não somente alertar o consumidor a respeito das características dos produtos e serviços, mas também garantir seu direito de escolha, bem como colocá-lo em posição de igualdade nas contratações, restituindo-se o equilíbrio entre as partes contratantes⁴⁶.

O inciso III do mesmo art. 6º do CDC, por sua vez, estabelece como um dos direitos do consumidor “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”. Este direito é decorrente diretamente do direito previsto no inciso II e refere-se ao

detalhamento da informação que deverá ser prestada ao consumidor a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado⁴⁷.

As normas do Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que determinam a forma como deverão ser prestadas as informações referentes ao peso, características, composição e qualidade dos produtos estão diretamente relacionadas ao direito estatuído no inciso III do art. 6º do CDC⁴⁸.

Na seqüência, o inciso IV do mesmo art. 6º confere aos consumidores o direito à “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Este inciso é o primeiro a fazer referência direta ao tema da publicidade, tema este que recebeu grande destaque no Código de Defesa do Consumidor, em face da inegável importância que ela assumiu atualmente, dada a incontestável influência dos meios de comunicação de massa.

A proteção dos consumidores em face dos métodos comerciais coercitivos ou desleais e das práticas e cláusulas abusivas decorre diretamente da evolução que se operou no direito mercantil, especialmente na parte destinada a disciplinar a concorrência empresarial, que engloba a propriedade industrial, a concorrência desleal e a repressão ao abuso do poder econômico⁴⁹.

Isto porque, se, inicialmente, esta evolução visava, basicamente, defender o princípio da liberdade dos concorrentes, atualmente também tem por finalidade a proteção do interesse do consumidor, de forma que se interpreta a livre concorrência como um simples meio de se atingir esta proteção, devendo ser suprimida quando se revela, para tanto, ineficiente ou mesmo prejudicial⁵⁰.

Este inciso tem por objetivo, pois, além de evitar os abusos da publicidade⁵¹, proteger o consumidor dos novos métodos de contratação, oriundos da dinamicidade da economia e do acirramento da concorrência entre fornecedores. Nesse sentido, Antônio Herman V. e Benjamin acentua ser bastante difícil conceituar

as práticas comerciais, pois, tendo em vista a mutabilidade do mercado, em especial no bojo da sociedade de consumo, uma determinada prática que hoje se manifesta como comercial, amanhã, devido às necessidades mercadológicas, pode, simplesmente, ter desaparecido⁵².

Como se pode verificar, o consumidor tem direito a receber informações completas e detalhadas sobre os produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado de consumo. Esse direito à informação é, portanto, peça fundamental no sistema de proteção do consumidor, sendo que o seu conteúdo é provido pelo dever de informar do fornecedor, dever este que está diretamente relacionado aos princípios da transparência e da veracidade⁵³.

O princípio da transparência, em linhas gerais, impõe ao fornecedor o dever de fornecer todas as informações sobre o produto ou serviço, tais como riscos ao consumidor ou aos seus bens, a composição dos produtos, qualidade, características etc.⁵⁴. Valéria C. P. Furlan, apoiando-se nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, afirma que, pelo princípio da transparência, "o consumidor deve ter conhecimento da exata extensão das obrigações que ele e o fornecedor estão assumindo quando celebram o contrato. A transparência diz respeito tanto ao objetivo oferecido quanto às condições negociais"⁵⁵.

O princípio da veracidade, por sua vez, impõe uma conduta negativa, qual seja, não enganar, não ocultar informações ou não informar de forma incorreta, isto é, não se podem criar mecanismos para induzir em erro o consumidor, fazendo-o tomar como verdadeiras as informações falsas veiculadas acerca de determinado produto ou serviço. A veracidade, conforme esclarece Teresa Ancona Lopez, "como o próprio vocábulo indica é o não enganar, o não mentir sobre o produto, ou o não informar corretamente, isto é, não pode o empresário transmitir informações falsas como verdadeiras"⁵⁶.

O dever de informar deverá, nessa medida, atender aos ditames dos princípios acima mencionados e propiciar ao consumidor o acesso às informações eficientes e adequadas a respeito de um

produto ou serviço. Além disso, tais informações, dentro dos limites do dever de informar, devem ser verdadeiras, completas e suficientes, não se permitindo a transmissão de informação incompleta, insuficiente ou não verdadeira.

O dever de informar, se adequadamente cumprido pelo fornecedor, poderá isentá-lo de responsabilidade em face dos danos alegados por consumidor. É, em outras palavras, o dever de informar sendo utilizado como estratégia de defesa nas demandas promovidas por consumidores.

Tome-se como exemplo desta afirmação o caso julgado pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁷. Trata-se de ação de indenização movida por consumidora que teria experimentado reação alérgica em razão da utilização de tintura de cabelos. Ao analisar o caso relatado nos autos, o Relator afirmou que a tintura para cabelo, como é do conhecimento comum, é produto que conta com potencial perigo de causar danos, já que se trata de produto com base química. Isso determina que pode gerar reações alérgicas e tem a sua aplicação contra-indicada em diversas hipóteses. Com isso, assume a empresa fornecedora a responsabilidade, por exigência legal, de bem informar o consumidor sobre esse potencial danoso e sobre os riscos que a utilização pode gerar, destacando para tanto os cuidados necessários antes e após o seu uso. No caso dos autos, restou demonstrado que o produto era comercializado pela empresa ré com manual de utilização ou bula, documento que continha várias informações e advertências sobre a qualidade e características do produto, mais os cuidados necessários para a sua correta utilização⁵⁸.

O relator do processo prossegue afirmando que a bula do produto continha informações relevantes sobre a utilização do produto, estando redigida de forma clara e bastante objetiva e apresenta as necessárias advertências. Afirma, ainda, que este documento traz esclarecimentos sobre o "teste de toque",

com a advertência sobre a forma da aplicação do produto para a sua realização, tempo necessário para a perfeita avaliação de eventual sensibilidade e, ainda, orientação para não uso em caso de reação. A natureza do produto, como antes destacado, empresta ao teste de toque significativa importância. Isso porque é por meio dele que a consumidora terá condições de avaliar se não está inserida entre aqueles com reação alérgica ao uso das substâncias que contém o produto. A sua realização, então, nos exatos termos da indicação do fabricante, bem destacadas na embalagem, era essencial⁵⁹.

Contudo, restou demonstrado nos autos que a consumidora não realizou o teste de toque conforme indicado pelo fornecedor, sendo que, diante do fato de que este se desincumbiu do dever de informar de forma satisfatória, a demanda foi julgada improcedente, tendo-se reconhecido a culpa exclusiva da consumidora. Em outras palavras, o dever de informar, desde que cumprido de forma eficiente, com o fornecimento de todas as informações pertinentes, conforme o tipo de produto ou serviço, pode constituir-se em fator decisivo na exclusão da responsabilidade do fornecedor em face dos danos alegados pelo consumidor.

No mesmo sentido temos o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. REAÇÃO ALÉRGICA A PRODUTOS DE LIMPEZA. DERMATITE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PRODUTO. ALERGIA A SUBSTÂNCIAS DA COMPOSIÇÃO. CASO FORTUITO.

1. A responsabilidade do fabricante por fatos do produto é objetiva, nos termos do artigo 12 do CDC, somente sendo afastada se excluído o nexo causal, o que pode ocorrer nas hipóteses do § 1º do mesmo artigo mencionado, bem como na ocorrência de caso fortuito ou força maior.

2. No caso dos autos, a responsabilidade do fabricante foi afastada tanto porque comprovada a ausência de qualquer vício quanto por conta da ocorrência de caso fortuito ou força maior (aqui usados como sinônimos), em razão da propensão alérgica da autora a substâncias da fórmula.

3. Entende-se cumprido o dever de informação quando o modo de usar o produto for informado pormenorizadamente com linguagem clara e acessível ao consumidor em geral.

4. Embargos infringentes conhecidos e providos⁶⁰.

Trata-se, na origem, de ação de indenização em razão de reações alérgicas experimentadas em decorrência da utilização de produto de limpeza. Ao se analisar o acórdão proferido no julgamento dos referidos embargos infringentes na apelação cível, extraem-se as seguintes passagens que demonstram que o dever de informar, quando cumprido de forma eficiente, opera em favor do fornecedor:

No caso dos autos, a responsabilidade da apelante, como fabricante do produto supostamente danoso, somente surge se houver vício de qualidade no produto, pois, caso contrário, rompe-se o nexo causal entre o dano e a conduta da empresa, inviabilizando-se qualquer indenização. (...) Esse vício, ou defeito, presente no produto e apto a ensejar a responsabilidade do fabricante pode ser de concepção, de produção ou de informação/comercialização⁶¹.

Em seguida, a Relatora passa a analisar a ocorrência de vício no caso em tela, concluindo que, na hipótese dos autos, não se verifica qualquer desses vícios. Ao abordar especificamente o vício de informação, a Relatora afirma que:

O vício de informação, por sua vez, é o ponto nodal de toda a controvérsia, pois, tratando-se de produto concentrado, é preciso pesquisar acerca da correta informação do modo de usar para o consumidor. Os produtos em exame são destinados a toda sorte de consumidores, o que exige um maior cuidado na formulação das informações acerca de seu uso e dos riscos dele

decorrentes, considerada a grande probabilidade de virem a ser utilizados por pessoas de baixa escolaridade⁶².

Ao analisar o rótulo do produto questionado, a Relatora concluiu que

a fabricante, ora embargante, cumpriu adequadamente o dever de bem informar o consumidor, explicitando o modo de uso do produto de modo claro e preciso, cabendo ao consumidor fazer o mínimo: ler as instruções constantes do produto. A correta informação apresentada pela embargante é determinante para o afastamento da responsabilidade, não só por afastar o correspondente vício, mas, também, por tornar irrelevante a questão de ser a concentração de ácido sulfônico, nos produtos em debate, bastante superior à média nacional⁶³.

Por outro lado, o dever de informar, se não cumprido de forma satisfatória pelo fornecedor, será o elemento determinante na configuração de sua responsabilidade diante dos danos alegados pelos consumidores. É o que se verifica nos seguintes acórdãos:

Boa-fé objetiva. Contrato. Telefonia celular. Aquisição de linhas telefônicas. Pedido de cancelamento do serviço. Inscrição perante os órgãos de proteção ao crédito, ante o suposto descumprimento contratual da parte autora (cláusula de fidelidade). Imposição de multa para rescisão contratual. Solução do contrato ocorrida um dia antes do término do prazo de fidelidade. Fornecedor que deixa de informar ao cliente que no dia seguinte estaria cumprido o dever de fidelidade. Exigência descabida da multa ante a violação da cláusula geral de boa-fé objetiva. Preceito contido no art. 422 do CCB. Necessidade de informar o outro contratante; obrigação de colaboração com o outro contratante, que não admite abstenção quanto ao dever de informar. Prova trazida aos autos que mostra que a fornecedora deliberadamente deixou

de informar o cliente quanto ao iminente término do período previsto na cláusula de fidelidade. Multa injusta e indevidamente aplicada que levou o nome do consumidor a ser inscrito no sistema de proteção ao crédito. Dano moral configurado. Indenização fixada dentro dos parâmetros da turma. Condenação na restituição do valor da multa. Deram provimento ao recurso⁶⁴.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXPLOÇÃO DE BOTIJÃO DE GÁS. DEVER DE INDENIZAR. 1. AGRAVO RETIDO. Inépcia da petição inicial não configurada, vez que implementados os requisitos previstos nos arts. 282 e 283 do CPC. Laudo pericial que se presta a comprovar a origem da explosão. Agravo desprovido. 2. LITISDENUNCIÇÃO DO IRB S/A. POSSIBILIDADE. DIREITO DE REGRESSO. Não estando o IRB – Instituto de Resseguros do Brasil S/A, no presente feito, a litigar em busca de direito próprio, não há que falar em assistência litisconsorcial. Precedentes jurisprudenciais. 3. DEFEITO DO PRODUTO. VIOLAÇÃO PELO FORNECEDOR DO DEVER DE INFORMAÇÃO. Não tendo a ré logrado comprovar qualquer causa excludente do liame causal entre o dano suportado pelos autores e o defeito do produto, tampouco justificativa convincente à falta de informações ao consumidor quanto à forma de utilização e manuseio do botijão de gás, ônus que lhe competia, *ex vi* do art. 333, II do CPC, evidente o dever de indenizar. Culpa exclusiva do consumidor não comprovada. Condenação mantida. (...) ⁶⁵.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. GRAVIDEZ POSTERIOR A LAQUEADURA DE TROMPAS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SUFICIENTE SOBRE O RISCO DE NOVA GRAVIDEZ APÓS O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DANO MORAL CONFIGURADO. CDC. (...) 3. A responsabilidade do médico é, efetivamente, subjetiva, conforme art. 14, § 4º, do CDC, avaliada de acordo com o art. 159 do CC/1916 e seus princípios tradicionais, uma vez que sua obrigação, de regra, não é de resultado, mas de meio. 4. Além da prova do dano e do nexos de causalidade, naquela espécie de responsabilidade, é necessário que reste demonstrado que o serviço foi culposamente mal prestado. Não constitui objeto da obrigação a cura do paciente, mas a prestação de cuidados atentos e conscienciosos, mediante o emprego do tratamento adequado, é dizer, aquele conforme a atualização da ciência, bem como o dever de informar previamente, de forma pormenorizada, os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico a ser utilizado e a possibilidade de falha quanto ao método empregado. 5. No caso dos autos, o caderno probatório atesta a responsabilidade do médico em virtude da ausência de comprovação de que cientificou a demandante acerca da possibilidade de falha no método anticoncepcional empregado – laqueadura de trompas –, o que impossibilitou

à autora, já mãe de três filhos, de precaver-se dos riscos de uma nova gravidez indesejada. (...) ⁶⁶

TELEFONIA MÓVEL. DANO MORAL. PLANOS PROMOCIONAIS. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO PELA RÉ AO DEIXAR DE CONCEDER AO CLIENTE OS BÔNUS EM LIGAÇÕES A QUE FAZIA JUS. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR POR PARTE DA FORNECEDORA. SITUAÇÃO QUE CULMINA COM A INSCRIÇÃO DO NOME DO DEMANDANTE EM ROL DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. Consumidor não informado adequadamente acerca das condições do plano e da promoção aos quais aderiu. Cobrança que se operou de modo diverso do informado. Inobservância do dever de informar da fornecedora. Desatendimento ao disposto no art. 6º, III, do CDC. Inscrição do nome do autor em rol de inadimplentes, em decorrência da cobrança indevida. Cadastramento efetivado enquanto pendia de discussão a dívida. Danos morais presumidos. Recurso desprovido ⁶⁷.

Dessa forma, conforme se pode notar nos casos aqui analisados, o dever de informar, desde que cumprido de forma adequada, será o fator decisivo no afastamento da responsabilidade do fornecedor pelos danos alegados pelos consumidores. A forma como o dever de informar deverá ser cumprido para ser considerado eficaz na exclusão da responsabilidade do fornecedor dependerá do caso concreto e das peculiaridades do produto ou serviço em questão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 628, p. 69-79, fev. 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 13, n. 15/16, p. 89-105, 1974.

FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, p. 97-125, 1994.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos**: a experiência brasileira do tabaco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Arts. 1º a 74**: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**,

São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 4, 1992.

ZÜLZKE, Maria Lúcia. **Abrindo a empresa para o consumidor**: a importância de um canal de atendimento. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1991.

[1](#) FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 27.

[2](#) BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 628, p. 78, fev. 1988.

[3](#) MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Arts. 1º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

[4](#) Esta é a lição de Cláudia Lima Marques que afirma, ainda, que “(...) não basta ser o 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” (MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários**, cit., p. 71).

[5](#) MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, **Comentários**, cit., p. 72; FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.*, *op. cit.*, p. 33 e s.

6 Para Cláudia Lima Marques, “a interpretação finalista nada mais é do que uma *interpretação conforme a constituição* (Princípio constitucional da Igualdade e Proteção da Dignidade e Direito fundamental do cidadão à proteção do Estado, enquanto consumidor – Art. 5^o, *caput*, e inciso XXXII, da CF/88) e a importância da identificação do sujeito de direitos a tutelar de maneira especial, o consumidor! É a interpretação do art. 2^o do CDC utilizando *todos os métodos clássicos de interpretação: literal, lógico-sistemático e teleológico*” (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 306).

7 Segundo Cláudia Lima Marques, o problema da teoria maximalista 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 sua atividade-fim, de produção e distribuição” (MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70).

8 A título de exemplos, podemos citar os seguintes acórdãos: REsp 218.505/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4^a Turma, *DJ*, 14-2-2000; REsp 264.126/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, 4^a Turma, *DJ* 27-8-2000; REsp 475220/GO, Rel. Min. Paulo Medina, 6^a Turma, *DJ* 15-9-2003 (todos estes exemplos foram citados pela Min. Nancy Andrighi, no voto proferido nos autos do CComp 41.056, julgado em 23-6-2004).

9 Para exemplificar esta afirmação, citamos os seguintes acórdãos: REsp 208.793/MT, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3^a Turma, *DJ*, 1-8-2000; REsp 329.587/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3^a Turma, *DJ*, 24-6-2002; Resp 286.441/RS, Rel. Min. Antonio Pádua Ribeiro, Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3^a Turma, *DJ*, 3-2-2003; REsp 488.274/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a Turma, *DJ*, 23-6-2003; REsp 468.148/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3^a Turma, *DJ*, 28-10-2003; REsp 445.854/MS, Rel. Min. Castro Filho, 3^a Turma, *DJ*, 19-12-2003; REsp 235.200/RS, Rel. Min. Carlos Aberto Menezes Direito, 3^a Turma, *DJ*, 4-12-2000; REsp 263.229/SP, Rel. Min. José Delgado, 1^a Turma, *DJ*, 9-4-2001 (todos estes exemplos foram citados pela Min. Nancy Andrighi, no voto proferido nos autos do CComp 41.056, julgado em 23-6-2004).

[10](#) "COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E SE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca" (STJ, 2ª Seção, REsp 541.867/BA, Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília, 10-11-2004).

[11](#) Voto proferido nos autos do STJ, 2ª Seção, REsp 541.867/BA, Rel. Min. Barros Monteiro, Brasília, 10-11-2004.

[12](#) Ementa: "Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigado. 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 pólos, 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. – Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido" (STJ, 3ª Turma, REsp 476.428/SC, Rel. Nancy Andrichi, Brasília, 19-4-2005).

[13](#) Voto proferido nos autos do STJ, 3ª Turma, REsp 476.428/SC, Rel. Nancy Andrighi, Brasília, 19-4-2005.

[14](#) STJ, 2ª Seção, CComp 46747/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, Brasília, 8-3-2006.

[15](#) Recurso Especial conhecido parcialmente, mas improvido: STJ, 3ª Turma, REsp 733.560/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 11-4-2006.

[16](#) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 687239/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 6-4-2006.

[17](#) STJ, 4ª Turma, REsp 661.145/ES, Rel. Min. Jorge Scartezini, Brasília, 22-2-2005.

[18](#) TJRJ, 20ª Câmara Cível, AgI 2007.002.32420, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, Rio de Janeiro, 23-1-2008.

[19](#) TJRS, 5ª Câmara Cível, AC 70004834628, Rel. Des. Clarindo Favretto, Porto Alegre, 3-1-2002.

[20](#) TJDF, 4ª Turma Cível, AC 20030710125332, Rel. Des. Ângelo Passareli, Brasília, 29-8-2007.

[21](#) Cláudia Lima Marques, ao tratar do âmbito de aplicação do CDC, afirma que “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 o 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”. Mais adiante, ao tratar da teoria finalista, esta autora afirma que 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. 2º de acordo com o *fim 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 nesse 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” (MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**, cit., p. 65 e 69).

Gostaríamos de apenas ressaltar que, diferentemente do esposado pela ilustre autora, em nossa opinião, a grande pessoa jurídica também pode ser considerada consumidora, desde que prove sua vulnerabilidade diante de determinada situação de consumo e, obviamente, esteja atuando nesta relação como legítima destinatária final do bem ou serviço adquirido.

[22](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 27.

[23](#) CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 35, p. 100, jul./set. 2000.

[24](#) CAVALIERI, Sérgio, *op. et loc. cit.*

[25](#) A este propósito, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem afirmam que a vulnerabilidade não é “o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 328), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa” (MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Arts. 1º a 74: aspectos materiais**, cit., p. 121).

[26](#) MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, **Comentários**, cit., p. 121.

[27](#) MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, **Comentários**, cit., p. 121.

[28](#) MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, **Comentários**, cit., p. 121.

[29](#) MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Arts. 1º a 74: aspectos materiais**, cit., p. 121.

[30](#) Os mesmos autores esclarecem, ainda, que a vulnerabilidade jurídica do consumidor é “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 planos de

saúde) e da redação clara deste contrato, especialmente o massificado e de adesão” (*loc. cit.*).

31 NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 55, set./dez. 1992.

32 Sobre o fato de que a hipossuficiência do consumidor pode também ser a técnica, temos o seguinte julgado do antigo 1^o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “Consumidor – Prova – Inversão do ônus – Admissibilidade se há insuficiência técnica e/ou econômica a impedir o amplo acesso à justiça e ao direito de defesa, no caso de demonstrar que os serviços contratados não foram prestados ou prestados insuficientemente – Inteligência do art. 5^o, LV, da CF e do art. 6^o, VIII, da Lei n. 8.078/90. A inversão do ônus da prova em sede de relação de consumo, como prevê o art. 6^o, VIII, da Lei n. 8.078/90, tem como finalidade permitir ao consumidor o exercício pleno da garantia constitucional da ampla defesa previsto no art. 5^o, LV; assim, se há insuficiência técnica e/ou econômica a impedir o amplo acesso à justiça e ao direito de defesa, no caso de demonstrar que os serviços contratados não foram prestados insuficientemente, deve ser deferida a inversão” (1^o Tribunal de Alçada Civil, 4^a Câmara, AgI 873.527-5/SP, Rel. Rizzato Nunes, São Paulo, 22-9-1999).

33 “Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6^o, VIII, do CDC. – Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n. 17 deste STJ. – Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente,

uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de 'prova negativa', ou 'impossível'. – Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3ª Turma, REsp 422.778/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 19-6-2007).

[34](#) Trecho do voto proferido nos autos do REsp 422.778/SP.

[35](#) Nesse sentido há acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte: “Apelação cível. Ação de Indenização. Construção de rede de energia elétrica. Inépcia da inicial. Inversão do ônus da prova. Ausência de início de prova. Prova negativa. Extinção da ação. Ainda que deferida a inversão do ônus da prova, improcede a ação quando o autor não apresenta mínimos indícios de prova a respeito da contratação e pagamentos que alega ter feito às rés, conforme pedido deduzido. Indispensabilidade de início de prova a possibilitar a verificação da verossimilhança das alegações do requerente. Precedentes. Ademais, não há como se exigir das rés a produção de prova negativa, ainda mais quando ausentes elementos mínimos de prova que possam ser refutadas. Precedentes. Acolhida a preliminar de inépcia da inicial pela ausência de documentos essenciais à propositura da lide, declarando extinta a ação sem exame de mérito, forte no art. 267, I, do CPC. Preliminar acolhida. Extinção da ação declarada. Prejudicadas as apelações” (TJRS, 18ª Câmara Cível, AC 70017926783, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, Porto Alegre, 28-2-2008).

[36](#) Trecho do voto proferido no REsp 422.778/SP.

[37](#) Trecho do voto proferido no REsp 422.778/SP.

[38](#) Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – DEFEITO DO PRODUTO – IMPOSSIBILIDADE DA PERÍCIA POR FATO DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE AFASTADA – NÃO-ACIONAMENTO DE AIRBAG EM COLISÃO DE VEÍCULO – FALTA DE RELAÇÃO OBJETIVA ENTRE A DOR MORAL E O DEFEITO DO EQUIPAMENTO. – Se a realização da perícia para demonstrar a inexistência de alegado defeito do produto se torna impossível em razão de fato do consumidor, fica afastada a

responsabilidade do fabricante que teve tolhida a oportunidade de fazer aquela prova. – Descabe o pleito de dano moral pelo não-acionamento de *airbag* em colisão de veículo de que não resultaram danos físicos aos usuários, se as sensações de dor moral e angústia destes não guardam relação objetiva com o mal funcionamento daquele dispositivo de segurança, afinal não comprovado. – Recurso não provido” (TAMG, 2ª Câmara Cível, AC 2.0000.00.360344-1/000, Rel. Juiz Edgard Penna Amorim. Belo Horizonte, 10-9-2002). Da leitura deste acórdão, extrai-se a seguinte passagem: “Assim, ante a impossibilidade de se constatar a existência do defeito alegado, não há falar em responsabilização do fabricante. Nem mesmo é o caso de se falar, como fez o d. Juiz *a quo* e, depois, os recorrentes, em inversão do ônus da prova, já que esta, no caso, compete ao fabricante do produto. A questão é o impedimento em que se viu a apelada, por ato dos apelantes, de fazer a prova que lhe cabia”. No mesmo sentido, outro acórdão: “INDENIZAÇÃO – DEFEITO DE FABRICAÇÃO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ÔNUS DA PROVA – PERÍCIA – ART. 846 DO CPC. – Embora seja do fabricante o ônus de provar a ausência de defeito de fabricação do equipamento, cabe a seu adquirente preservar as condições fáticas para realização da prova pericial ou utilizar-se da medida cautelar prevista no art. 846, do CPC” (TAMG, 3ª Câmara Cível, AC 217.645-4, Rel. Kildare Carvalho, Belo Horizonte, 7-7-1996).

[39](#) RIO GRANDE DO SUL, Vara Cível do Foro Regional de Alto Petrópolis, Processo 001/1.05.0016297-6, Sentença proferida pelo Juiz de Direito Jorge Alberto Vescia Corssac.

[40](#) TJRS, 2ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71000818708, Rel. João Pedro Cavalli Júnior, Porto Alegre, 22-2-2006.

[41](#) TJRS, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71000870212, Rel. João Pedro Cavalli Júnior, Porto Alegre, 18-5-2006.

[42](#) TJRS, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71000970228, Rel. João Pedro Cavalli Júnior, Porto Alegre, 19-10-2006.

[43](#) TJRS, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71001360361, Rel. Ricardo Torres Hermann, Porto Alegre, 6-1-2007.

[44](#) Isto é o que se viu na ação civil pública movida pelo Ministério Público em face das operadoras de telefonia celular no Rio Grande do Sul, conforme segue: “AÇÃO

COLETIVA DE CONSUMO. OPERADORA DE TELEFONIA CELULAR. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR. NÚMERO EXPRESSIVO DE RECLAMAÇÕES. DEVER DE REGISTRAR NAS CONTAS TELEFÔNICAS O NÚMERO DE CHAMADAS EFETUADAS PELOS USUÁRIOS AO SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR – SAC. INFORMAÇÃO DO NÚMERO DO PROTOCOLO NA FATURA E EM MENSAGEM DE TEXTO, NO CASO DE SOLICITAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PELA OPERADORA DE TELEFONIA MÓVEL. Presente verossimilhança nas alegações do agravante, é de ser deferida a antecipação de tutela pleiteada, para o efeito de compelir a operadora de telefonia celular a registrar nas faturas telefônicas as chamadas realizadas pelos usuários à Central de Atendimento ao Consumidor – SAC – e, na hipótese de solicitação de ‘providências’ pela operadora, seja informado nas faturas e em mensagem de texto (torpedo) ao consumidor o número do respectivo protocolo. O procedimento da prestadora de serviço, mantendo os registros das reclamações feitas pelos consumidores ao SAC, sob o domínio exclusivo da agravada, implica, necessariamente, desvantagem do consumidor em relação ao fornecedor do serviço. Agravo Provido. Unânime” (TJRS, 16ª Câmara Cível, AgI 70019626761, Relator: Des. Paulo Augusto Monte Lopes, Porto Alegre, 4-7 2007).

A respeito deste tema, vale mencionar, ainda, o Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008, que “regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC por telefone, no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, com vistas à observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços”. Em linhas gerais, esse decreto determina que o consumidor tenha, no primeiro menu eletrônico, a opção de contato com o atendente, que as ligações para os SACs sejam gratuitas, que o SAC deve estar disponível durante vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana, que o número do SAC seja divulgado de forma clara e objetiva em documentos e materiais impressos entregues ao consumidor e que os dados pessoais dos consumidores sejam mantidos em sigilo e utilizados apenas para fins do atendimento. Também proíbe a veiculação de mensagens publicitárias durante o tempo de espera sem o prévio consentimento do consumidor, confere a este o direito de ter acesso ao conteúdo histórico de suas demandas, determina

que as informações solicitadas pelo consumidor sejam fornecidas imediatamente e suas reclamações resolvidas no prazo máximo de cinco dias úteis a contar do registro e que o pedido de cancelamento de serviço seja processado imediatamente. Por fim, é importante salientar que foram excluídas do âmbito de aplicação desse decreto a oferta e a contratação de produtos e serviços efetuadas por telefone.

[45](#) FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.*, *op. cit.*, p. 137-138.

[46](#) Veja a seguinte ementa a respeito do dever de informar como recurso garantidor do direito de escolha e da igualdade nas contratações, de forma que a sua ausência enseja o desfazimento do negócio: "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. RESCISÃO DE CONTRATO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRODUTO NOCIVO À SAÚDE E SEGURANÇA. INFORMAÇÃO INSUFICIENTE. CONDUTA CONTRATUAL ABUSIVA E ENGANOSA. – A prova dos autos não deixa dúvidas acerca da conduta enganosa e abusiva da empresa requerida na colocação e venda do seu produto no mercado. Ausência de insurgência da apelante quanto à inversão do ônus da prova no processo. Art. 6º, inc. VIII, CDC. – Conduta atentatória a diversos direitos do consumidor. Art. 6º, CDC. Direito à proteção da vida, saúde e segurança (inc. I). Direito à informação adequada e clara (inc. III). Direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (inc. IV). – Caso concreto. Prova suficiente a demonstrar que o produto vendido ao consumidor causou problemas à sua saúde. Importante notar, ainda, que a hipótese dos autos apresenta notável agravante, pois o produto em tela foi vendido sob a promessa de melhora da saúde do consumidor. E se o fornecedor se utiliza justamente de promessas de contribuição e melhoria à saúde do consumidor para vender o seu produto e, posteriormente, esse mesmo produto se mostra, ao contrário, nocivo à sua saúde, fica configurada com evidência a sua conduta enganosa e abusiva. Nesse contexto, o consumidor é claramente induzido em erro pelo fornecedor, que desvirtua informações sobre o produto para conseguir a sua venda. Mantido o deferimento do pedido do consumidor de rescisão do contrato. Inaplicável o prazo do art. 49 do CDC, que trata da hipótese de arrependimento do consumidor. Apelo improvido" (TJRS, 12ª Câmara Cível, AC 70020637252, Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, Porto Alegre, 6-12-2007).

[47](#) FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.*, *op. cit.*, p. 138.

[48](#) A título de exemplo, temos a Portaria n. 157/2002 do INMETRO, que dispõe sobre a forma de expressar o conteúdo dos produtos pré-medidos. Como regra geral, o regulamento técnico metrológico aprovado por esta portaria determina que a "indicação quantitativa do conteúdo líquido dos produtos pré-medidos *deve constar na rotulagem da embalagem, ou no corpo dos produtos, na vista principal, e deve ser de cor contrastante com o fundo da embalagem onde estiver impressa, de modo a transmitir ao consumidor uma fácil, fiel e satisfatória informação da quantidade comercializada*" (grifamos). A respeito da amplitude do dever de informar do fornecedor temos o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "CONSUMIDOR. TELEFONIA CELULAR. SERVIÇO NÃO PRESTADO EM SITUAÇÃO DE ROAMING. DANO MORAL PURO. SISTEMA DE TELEFONIA TDMA ULTRAPASSADO E DE DIFÍCIL UTILIZAÇÃO EM REGIÃO QUE ADOTA OS SISTEMAS CDMA E GSM. SERVIÇO OFERECIDO PELA OPERADORA, MESMO QUE ULTRAPASSADO. DEVER DE INFORMAR NÃO CUMPRIDO PELA RÉ. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A OPERADORA ALERTOU O CONSUMIDOR QUANTO AOS EFEITOS DO USO DA LINHA EM ROAMING A PARTIR DA TECNOLOGIA TDMA. MANUTENÇÃO DO SISTEMA ALEGADAMENTE OBSOLETO IMPÕE À OPERADORA INFORMAR ADEQUADAMENTE OS CONSUMIDORES, A FIM DE EVITAR A FRUSTRAÇÃO DO USO DO SERVIÇO OU, AINDA, OPTAR O USUÁRIO PELA TROCA DE APARELHO QUE O POSSIBILITE MIGRAR PARA AS TECNOLOGIAS MAIS AVANÇADAS. DANO MORAL CARACTERIZADO. NÃO CONHECIDO O RECURSO ADESIVO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA R. UNÂNIME" (TJRS, 3ª Turma Recursal Cível, Recurso Cível 71001464775, Rel. Nara Leonor Castro Garcia, Porto Alegre, 29-1-2008).

[49](#) COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 13, n. 15/16, p. 92-93, 1974.

[50](#) COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 92-93.

[51](#) A respeito da proteção em face da publicidade enganosa, *v.* o seguinte julgado: "RESOLUÇÃO DE CONTRATO E REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRATAMENTO DE ANTIENVELHECIMENTO COM HORMÔNIOS BIODIDÊNTICOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PUBLICIDADE ENGANOSA. FALTA DE

ESCLARECIMENTOS E DESATENÇÃO DO MÉDICO RESPONSÁVEL. PESSOA ABALADA EMOCIONALMENTE. DIREITO À DEVOLUÇÃO DO QUE PAGOU E À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. Não prospera, preliminarmente, a alegação de prescrição, pois não se trata de mera compra de produtos não duráveis, se não que de prestação de serviços médicos defeituosos. Tratando-se de relação jurídico disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor e tendo sido judicialmente operada a inversão do ônus da prova, não se desincumbindo a ré de evidenciar que esclareceu a autora adequadamente sobre as substâncias a ser empregadas em seu tratamento e a comprovação científica de eficiência de dito tratamento, não há como afastar a conclusão de que restou ludibriada por publicidade enganosa, mormente quando se encontrava em condições físicas e emocionais debilitadas. Situação que se agravou por não ter o médico que a tratou dispensado atenção à paciente, sequer comprovando que tenha a ela entregue avaliação de idade biológica pela qual já havia a ré recebido a remuneração correspondente em valor elevado. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso Improvido” (TJRS, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71001161314, Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, Porto Alegre, 17-6-2007).

[52](#) BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 241.

[53](#) Teresa Ancona Lopez, citando Arruda Alvim, esclarece que “além dos arts. 4º (princípios) e 6º (direitos básicos) a presença do ‘princípio da informação’ está nos arts. 8º, 9º, 10, 12 e 13 (responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou serviço); arts. 18, 19 e 20 (vício do produto), arts. 30, 31 e 35 (oferta); arts. 36, 37, 38 (publicidade); 43 e 44 (banco de dados e cadastros); art. 56 (sanções administrativas), arts. 60, 63, 64, 66, 67 e 72 (infrações penais)”. (LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 88).

[54](#) Alcides Tomasetti Júnior define o vocábulo transparência como “uma situação informativa favorável à apreensão racional – pelos agentes econômicos que figuram como sujeitos naquelas declarações e decorrentes nexos normativos – dos sentimentos, impulsos e interesses, fatores, conveniências e injunções, todos os quais surgem ou são suscitados para interferir e condicionar as expectativas e o

comportamento daqueles mesmos sujeitos enquanto consumidores e fornecedores conscientes de seus papéis, poderes, deveres e responsabilidades” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 4, p. 53, 1992). Para Cláudia Lima Marques, “Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, cit., p. 595).

[55](#) In FURLAN, Valéria C. P. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 10, p. 109, 1994.

[56](#) LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 87.

[57](#) “APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REAÇÃO ALÉRGICA. TINTURA DE CABELO. ADVERTÊNCIA QUANTO À NECESSIDADE DE TESTE DE TOQUE ANTES DO USO. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DO PRODUTO. ART. 12, § 3º, DO CDC. 1. CULPA EXCLUSIVA DA CONSUMIDORA. A responsabilidade objetiva do fabricante, proclamada pelo art. 12 do CDC, é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, *ex vi* do § 3º do mesmo dispositivo. Comprovado nos autos que a autora, antes de proceder à aplicação da tintura de cabelo fabricada pela ré, não seguiu as orientações de uso constantes no manual de recomendações que acompanha o produto, pois além de ter misturado a tintura com água oxigenada realizou o teste de toque por apenas 24 horas e não pelo período de 48 horas conforme orientação da fabricante, resta caracterizada sua culpa exclusiva para o evento, não havendo falar em dever de indenizar. Defeito do produto não evidenciado, no caso. Dever de informação quanto aos riscos inerentes ao produto rigorosamente observado pela ré. Sentença de improcedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 2. DENUNCIAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. Não sendo o caso de denúncia à lide obrigatória, incumbe ao denunciante arcar com os honorários devidos ao procurador da denunciada. Procedentes jurisprudenciais. Recurso adesivo desprovido. Apelação e recurso adesivo improvidos” (TJRS, 10ª Câmara Cível, AC 70020915658, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, Porto Alegre, 29-11-2007).

[58](#) Trecho do voto do Relator da AC 70020915658, julgada pela 10ª Câmara Cível do TJRS.

[59](#) Trecho do voto do Relator da AC 70020915658, julgada pela 10ª Câmara Cível do TJRS.

[60](#) TJDF, 3ª Câmara Cível, EI na AC 1999.03.1.001740-6, Rel. Des. Nídia Corrêa Lima, Brasília, 4-12-2006.

[61](#) Trecho do voto da Relatora dos EI na AC 1999.03.1.001740-6.

[62](#) *Idem.*

[63](#) *Idem.*

[64](#) TJRS, 1ª Turma Recursal Cível, Recurso Cível 71001106442, Rel. Heleno Tregnago Saraiva, Porto Alegre, 26-7-2007.

[65](#) TJRS, 10ª Câmara Cível, AC 70018088310, Rel. Paulo Roberto Lessa Franz, Porto Alegre, 2-8-2007.

[66](#) TJRS, 9ª Câmara Cível, AC 70020347175, Rel. Odone Sanguiné, Porto Alegre, 26-9-2007.

[67](#) TJRS, 3ª Turma Recursal, Recurso Cível 71001445097, Rel. Eugênio Facchini Neto, Porto Alegre, 18-12-2007.