

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

Fernando Costa de Azevedo

O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor

Porto Alegre
2014

Fernando Costa de Azevedo

O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha

Porto Alegre
2014

CIP - Catalogação na Publicação

Azevedo, Fernando Costa de

O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor / Fernando Costa de Azevedo. -- 2014. 265 f.

Orientador: Carlos Silveira Noronha.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2014.

1. Direito do Consumidor. 2. Código de Defesa do Consumidor. 3. Desequilíbrio excessivo da relação de consumo. 4. Práticas abusivas dos fornecedores. 5. Cláusula geral de proibição de vantagem excessiva. I. Noronha, Carlos Silveira, orient. II. Título.

Fernando Costa de Azevedo

O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 14 de abril de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Carlos Silveira Noronha
Orientador

Professor Doutor Antônio Maria R. F. Iserhard

Professor Doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem

Professora Doutora Claudia Lima Marques

Professor Doutor Nelson Nery Júnior

*Dedico este trabalho aos amores da minha vida:
minha esposa Daniella e meu filho Joaquim!*

Agradecimentos

A elaboração de um trabalho acadêmico não se deve apenas ao esforço do seu autor, pois ao longo do tempo não são poucas as dificuldades e os desafios a enfrentar e vencer. Nesses momentos já não é suficiente o esforço individual e precisamos (ainda bem!) que outras pessoas nos ajudem a superar, pela generosidade, compreensão ou auxílio material, os pequenos e grandes obstáculos que vão se apresentando pelo caminho. Por essa razão, gostaria de agradecer àquelas pessoas que, em maior ou menor medida, somaram comigo esforços para que eu pudesse, “com alma e com calma”*, chegar até aqui.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, sobretudo aos colegas do Primeiro Departamento, pela compreensão manifestada em razão da concessão de minha licença para capacitação docente.

À Direção do Centro de Ciências Jurídicas, Econômicas e Sociais, à Coordenação do Curso de Direito e aos colegas professores da Universidade Católica de Pelotas, pelo apoio e incentivo manifestados ao longo da realização deste Curso de Doutorado.

À equipe do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo inestimável apoio à realização e conclusão deste Curso de Doutorado.

Ao meu estimado orientador, Professor Doutor Carlos Silveira Noronha, pela generosidade, paciência e dedicação dispensadas ao longo do processo de orientação da minha tese doutoral.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial àqueles com os quais tive o privilégio de conviver, aprender e crescer: mestres inesquecíveis!

Aos colegas e amigos que fiz ao longo deste Curso de Doutorado, pelo aprendizado e maravilhosa convivência.

Aos amigos de Pelotas, de toda (e para toda!) a vida, pela compreensão nos momentos de ausência física, mental e emocional.

À minha família, porto seguro nos momentos mais difíceis e inspiração maior para vencê-los.

À Deus, meu refúgio e fortaleza!

* Homenagem à Professora Claudia Lima Marques e sua belíssima expressão, dirigida à interpretação do novo direito privado brasileiro.

“Quanto maior o poder, mais perigoso é o abuso”.

Edmund Burke

Resumo

A presente tese tem por objetivo analisar o conceito e as espécies de desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo, bem como a possibilidade de correção de uma das espécies de desequilíbrio excessivo – o exercício abusivo de posição jurídica dos fornecedores – por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º). Trata-se, em essência, de um estudo sobre a própria relação jurídica de consumo, razão pela qual se impõe, inicialmente, uma análise acerca de seus pressupostos fático-normativos, elementos constitutivos e característica fundamental (Parte I, Capítulo 1) para, só então, enfrentar o tema dos “desequilíbrios” (estrutural e excessivo) existentes nesse tipo de relação jurídica (Parte I, Capítulo 2), quando se busca demonstrar que o desequilíbrio excessivo não se confunde com o desequilíbrio estrutural (intrínseco), na medida em que este é realidade constitutiva da própria relação jurídica de consumo, sendo, por isso mesmo, reconhecida e tolerável pelo direito; ao contrário, o desequilíbrio excessivo é realidade que ultrapassa os limites do “juridicamente tolerável” – isto é, do estado de desequilíbrio estrutural - e, por este motivo, precisa ser corrigida por meio da ordem jurídica (no caso brasileiro, pelo sistema jurídico de proteção e defesa dos consumidores, centralizado nos valores e normas constitucionais e sistematizado no Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990). E para a correção das situações de desequilíbrio excessivo da relação de consumo geradas pelo exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores o legislador brasileiro, atento à necessidade de compreensão do direito privado como um sistema jurídico aberto (Parte II, Capítulo 3) construiu o Código de Defesa do Consumidor como um microssistema dotado de normas casuísticas e de normas abertas (as chamadas “cláusulas gerais”), destacando-se, quanto a estas, a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, que se entende ser a “cláusula fundamental de correção do abuso nas relações jurídicas de consumo” (Parte II, Capítulo 4), na medida em que seu âmbito de aplicação, fixado pelo próprio legislador (CDC, art. 51, §1º), abarca, por sua grande generalidade, o âmbito das demais cláusulas gerais de correção do abuso, como as de função social e econômica do direito, boa-fé objetiva, bons costumes e lesão enorme, tutelando, enfim, a globalidade dos legítimos interesses dos consumidores – isto é, seus interesses de natureza patrimonial e existencial – lesados pela atuação abusiva dos fornecedores no mercado de consumo.

Palavras chave: relação jurídica de consumo – desequilíbrio excessivo – exercício abusivo da posição jurídica – cláusula geral de proibição de vantagem excessiva – Código de Defesa do Consumidor

Riassunto

La presente tesi ha come obiettivo analizzare il concetto e le specie di squilibrio eccessivo della relazione giuridica di consumo, nonché la possibilità di correzione di una delle specie di squilibrio eccessivo – l'esercizio abusivo della posizione giuridica dei fornitori – per mezzo della clausola generale di divieto di vantaggio eccessivo, previsto nel Codice di Difesa del Consumatore (Art. 39, V c/c art. 51, IV e §1°). Si tratta, in essenza, di uno studio sulla stessa relazione giuridica di consumo, ragione per la quale si impone, inizialmente, un'analisi con riferimento ai suoi presupposti fatico-normativi, elementi costitutivi e caratteristica fondamentale (Parte I, Capitolo 1) per, soltanto dopo, affrontare il tema degli "squilibri" (strutturale e eccessivo) esistenti in questo tipo di relazione giuridica (Parte I, Capitolo 2), quando si cerca di dimostrare che lo squilibrio eccessivo non si confonda con lo squilibrio strutturale (intrinseco), nella misura in cui questo è realtà costitutiva della stessa relazione giuridica di consumo, essendo, per questo, riconosciuta e tollerabile dal diritto; invece, lo squilibrio eccessivo è realtà che supera i limiti del "giuridicamente tollerabile" – cioè, dello stato di squilibrio strutturale – e, per questo motivo, necessita di essere corretta da un mezzo dell'ordine giuridica (nel caso brasiliano, dal sistema giuridico di protezione e difesa dei consumatori, centralizzato nei valori e norme costituzionali e sistematizzato nel Codice di Difesa del Consumatore – Legge n. 8.078, dell'11 settembre 1990). E per la correzione delle situazioni di squilibrio eccessivo della relazione di consumo generate dall'esercizio abusivo della posizione giuridica dei fornitori il legislatore brasiliano, attento alla necessità di comprensione del diritto privato come un sistema giuridico aperto (Parte II, Capitolo 3) ha costruito il Codice di Difesa del Consumatore come un microsistema dotato di norme casistiche e di norme aperte (le cosiddette "clausole generali"), distacandosi, tra loro, la clausola generale di divieto di vantaggio eccessivo, che si intende essere la "clausola fondamentale di correzione dell'abuso nelle relazioni giuridiche di consumo" (Parte II, Capitolo 4), allo stesso tempo in cui suo ambito di applicazione, fissato dallo stesso legislatore (CDC, art. 51, §1°), contiene, dovuto alla sua grande generalità, l'ambito delle altre clausole generali di correzione e abuso, così come quelle di funzione sociale ed economica del diritto, buona-fede obiettiva, buone abitudine e lesione enorme, tutelando, infine, la globalità dei legittimi interessi dei consumatori – cioè, i loro interessi di natura patrimoniale e esistenziale – danneggiati dalla attuazione abusiva dei fornitori nel mercato di consumo.

Parole-chiavi: relazione giuridica di consumo – squilibrio eccessivo – esercizio abusivo della posizione giuridica – clausola generale di divieto di vantaggio eccessivo – Codice di Difesa del Consumatore.

Abstract

The present thesis aims to analyze the concept and the species of excessive unbalance of the legal consumption relationship, as well as the possibility of correction of one of the species of excessive unbalance – the abusive use of the legal position of the suppliers – by the inclusion of the general clause of prohibition of unfair advantage, set out in the Consumer Defense Code (Art. 39, V c/c art. 51, IV and §1º). It is, essentially, a study on the legal consumption relationship itself, a reason for which it is imposed, initially, an analysis concerning its phatic-normative presumptions, constitutive elements and key characteristic (Part I, Chapter 1) for, only then, face the topic of “imbalances” (structural and excessive) existing in this type of legal relationship (Part I, Chapter 2), when willing to demonstrate that the excessive imbalance is not confounded with the structural imbalance (intrinsic), inasmuch as this is a constitutive reality of the legal consumption relationship itself, being, therefore, acknowledged and bearable by the law; on the contrary, the excessive imbalance is a reality which overcomes the limits of the “legally bearable” – that is, the structural imbalance status - and, for this reason, it has to be corrected by the law (in the Brazilian case, by the legal system of protection and defense of consumers, centered in the values and constitutional norms e ordered in the Consumer Defense Code – Law n. 8.078, from September 11th, 1990). And for the correction of excessive imbalance situations in the consumption relationship caused by the abusive practice of the legal position of the suppliers, the Brazilian legislator, attentive to the need of understanding of the private law as an open legal system (Part II, Chapter 3) created the Consumer Defense Code as a microsystem with caustic norms and open norms (the so-called “general clauses”), highlighting, concerning these, the general clause of prohibition of unfair advantage, which is understood as the “key clause of abuse correction in the consumption legal relationships” (Part II, Chapter 4), inasmuch as in its scope of application, set by the legislator (CDC, art. 51, §1º), embraces, due to all things considered, the scope of the other general clauses of abuse correction, such as the law social and economic function, bona fide intentions, good manners and serious harm, tutoring, then, the whole of legitimate interests of the consumers – that is, their interests of property and existential nature – harmed by the abusive practice of suppliers in the consumer market.

Key words: consumption legal relationship – excessive imbalance – abusive practice of the legal position – general clause of prohibition of unfair advantage – Consumer Defense Code

Sumário

INTRODUÇÃO _____	13
PARTE I - A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E SEUS DESEQUILÍBRIOS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO CONTEMPORÂNEA _____	19
CAPÍTULO 1. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO: PRESSUPOSTOS FÁTICO-NORMATIVOS, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL _____	19
1.1. Relação jurídica de consumo: pressupostos fático-normativos _____	21
1.1.1. Pressuposto fático: a sociedade de consumo contemporânea _____	22
1.1.2 Pressuposto normativo: o Direito do Consumidor _____	43
1.2. Relação jurídica de consumo: elementos constitutivos e característica fundamental ____	80
1.2.1. Elementos subjetivos: os sujeitos _____	83
1.2.2. Elementos objetivos: os objetos (imediatos e mediatos) _____	97
1.2.3. Característica fundamental: o sinalagma _____	102
CAPÍTULO 2 – OS DESEQUILÍBRIOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO ____	109
2.1. O desequilíbrio estrutural da relação jurídica de consumo: uma análise a partir do princípio da vulnerabilidade dos consumidores _____	109
2.1.1. O conceito de vulnerabilidade e o reconhecimento jurídico da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo _____	110
2.1.2. Fatores de desequilíbrio estrutural da relação jurídica de consumo _____	114
2.2. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo _____	119
2.2.1. O “equilíbrio mínimo” da relação jurídica de consumo _____	121
2.2.2. Espécies de desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo _____	126

PARTE II – A CORREÇÃO DO DESEQUILÍBRIO EXCESSIVO NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO POR MEIO DA CLÁUSULA GERAL DE PROIBIÇÃO DE VANTAGEM EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR _____ 176

CAPÍTULO 3 – O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO COMO UM SISTEMA JURÍDICO ABERTO E SUA FUNCIONALIDADE POR MEIO DAS CLÁUSULAS GERAIS _____ 176

3.1. O sistema jurídico aberto e sua construção ao longo da Modernidade _____ 176

3.2. As cláusulas gerais e sua importância na funcionalidade do contemporâneo direito privado brasileiro _____ 181

3.2.1. O papel das cláusulas gerais na construção do direito privado contemporâneo _____ 181

3.2.2. Cláusulas gerais e a sua importância nas contemporâneas codificações privadas brasileiras (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor) _____ 195

CAPÍTULO 4 – A CLÁUSULA GERAL DE PROIBIÇÃO DE VANTAGEM EXCESSIVA NO CDC: CLÁUSULA FUNDAMENTAL DE CORREÇÃO DO ABUSO NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO _____ 204

4.1. A “vantagem excessiva”: dimensões e campo de aplicação _____ 204

4.1.1. As dimensões da “vantagem excessiva”: dimensão patrimonial e existencial _____ 204

4.1.2. O campo de aplicação da “vantagem excessiva”: as práticas abusivas _____ 208

4.2. A aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva a partir dos critérios fixados no art. 51, §1º do CDC _____ 214

4.2.1. A vantagem excessiva como “ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico” _____ 217

4.2.2. A vantagem excessiva como “ameaça ao objeto ou o equilíbrio do contrato” _____ 221

4.2.3. A vantagem excessiva como “onerosidade excessiva para o consumidor” _____ 225

4.3. Considerações finais: a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva e a atualização do CDC _____ 231

CONCLUSÃO (TESES) _____ 235

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____ 244

INTRODUÇÃO

A presente tese, como sugere seu título, destina-se à realização de dois objetivos que, por específicos e complementares, compõem seu objetivo geral. O primeiro consiste em enfrentar o estudo de um conceito jurídico que se revela essencial à compreensão dos sistemas jurídicos de proteção dos consumidores, o conceito de “*desequilíbrio excessivo* da relação jurídica de consumo”. O segundo objetivo consiste em analisar como uma das espécies de *desequilíbrio excessivo* da relação de consumo, o exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores, pode ser corrigido pela aplicação de normas abertas (as cláusulas gerais) presentes na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dentre as quais se destaca a que, nesta pesquisa, é denominada de “cláusula fundamental de correção do abuso”: a *cláusula geral de proibição de vantagem excessiva*.

Inicialmente, cabe o registro de que a proposta inicial para a pesquisa da tese doutoral era distinta, tratando de um estudo a respeito das cláusulas contratuais abusivas nos contratos eletrônicos¹. Contudo, a pesquisa para a realização de seminário em disciplina ministrada pela Profa. Dra. Claudia Lima Marques² despertou o interesse em analisar, com maior profundidade, a distinção entre os dois *desequilíbrios* que perpassam o estudo da relação jurídica de consumo: o primeiro, reconhecido e tolerável pela própria ordem jurídica, revela-se um *desequilíbrio lícito* porque *estrutural*, i. e., constitutivo da própria relação jurídica; o segundo, reconhecido porém intolerável pela ordem jurídica, revela-se um *desequilíbrio ilícito* porque *excessivo*, i. e., para além do estado de *desequilíbrio estrutural*.

¹ Esta foi a proposta (anteprojeto de tese) apresentada, em 2009, perante a banca examinadora na seleção pública para ingresso no PPGD/UFRGS em março de 2010.

² PPGD/UFRGS/DIRP048 - “Teoria dos Contratos (O Diálogo das Fontes)”. A disciplina foi oferecida no primeiro semestre de 2010 e o seminário, intitulado “Diálogo das fontes e combate à vantagem excessiva e onerosidade excessiva”, foi apresentado em 05 de maio de 2010 e posteriormente publicado em obra coordenada pela Profa. Dra. Claudia Lima Marques: AZEVEDO, Fernando Costa de. Os *desequilíbrios* gerados por vantagem e onerosidade excessivas no Direito do Consumidor e a possibilidade de aplicação do *Diálogo das Fontes* entre Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 307-352.

Percebe-se assim, que a análise do desequilíbrio excessivo da relação de consumo pressupõe a compreensão acerca do seu desequilíbrio estrutural, uma realidade que, em essência, se traduz como desequilíbrio entre as *posições jurídicas* dos sujeitos “fornecedor” e “consumidor”, justificado pelas características do contexto histórico-cultural em que se estabelecem essas relações jurídicas: a sociedade contemporânea (ou pós-moderna) de consumo. Tal percepção permite que se desenvolva a ideia de um equilíbrio *a partir (e em razão) do desequilíbrio estrutural*, o “equilíbrio mínimo” da relação jurídica de consumo, cuja preservação constitui a finalidade maior dos sistemas jurídicos de proteção dos consumidores, traduzidos ora como um Direito *do Consumo* (e. g. sistemas francês e italiano), ora como um Direito *do Consumidor* (e. g. sistemas alemão e brasileiro). O desequilíbrio excessivo representa o conjunto de situações que violam (ou são capazes de violar) o “equilíbrio mínimo” da relação de consumo, ensejando a necessidade de uma reação do direito para sua correção, que significa o retorno do vínculo jurídico ao seu estado de desequilíbrio estrutural ou a extinção desse vínculo, se sua manutenção se mostrar impossível ou menos favorável ao titular da posição jurídica de vulnerabilidade (o consumidor padrão ou, por interpretação extensiva, o sujeito equiparado a consumidor).

As situações de desequilíbrio excessivo, desde uma perspectiva “interna” de equilíbrio para a relação de consumo – relativa apenas aos interesses dos sujeitos da relação jurídica³ – representam violações das legítimas expectativas que os consumidores, titulares da posição jurídica de vulnerabilidade, depositam objetivamente (independentemente de dolo ou culpa) na atuação dos fornecedores e na própria dinâmica do mercado de consumo. Vale dizer que a existência dessas situações demonstra a impossibilidade – permanente ou transitória – de se realizar aquilo que razoavelmente os consumidores podem esperar em relação à qualidade de um produto ou serviço, à preservação da equivalência econômica de um contrato e à existência de práticas regulares (sem abuso) dos fornecedores no mercado de consumo, provocando a reação do sistema jurídico de proteção aos consumidores, cuja efetividade parece ser cada vez mais desafiada pela velocidade das mudanças numa sociedade global de consumo.

³ Como será adiante desenvolvido (Parte I, Capítulo 2, subitem 2.2.1), há uma perspectiva “externa” de equilíbrio para a relação jurídica de consumo, mediada pelo princípio constitucional da defesa do consumidor como elemento integrante da ordem econômica brasileira (CF, art. 170, V).

Nesse sentido, estabelecida a noção de “equilíbrio mínimo” e apresentadas as três espécies de desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo – dentre as quais está o *exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores* – descortina-se o segundo objetivo específico desta pesquisa: o estudo acerca da correção do abuso nas relações de consumo por meio de normas abertas do Código de Defesa do Consumidor, as chamadas “*cláusulas gerais*”, consideradas normas adequadas ao desafio de garantir a efetividade do sistema jurídico de proteção dos consumidores em face das constantes e velozes inovações nas realidades de consumo. Com efeito, o CDC contém importantes cláusulas gerais de correção das práticas abusivas no mercado de consumo (boa-fé, equidade, lesão enorme etc.), mas todas elas, como será demonstrado, convergem para a chamada “cláusula geral de proibição de vantagem excessiva” (art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º) que, por essa e por outras razões, pode ser denominada cláusula fundamental de correção do abuso nas relações de consumo.

Para a realização desses objetivos o trabalho está estruturado em duas Partes. Na Primeira, objetiva-se a análise acerca da distinção entre o desequilíbrio excessivo e estrutural da relação de consumo (consolidando-se a ideia de “equilíbrio mínimo”), bem como a apresentação das três espécies de desequilíbrio excessivo da relação de consumo, no intuito de distinguir o exercício abusivo da posição jurídica dos vícios de inadequação/insegurança dos produtos e serviços e da perda de “bilateralidade” – ou equivalência econômica – contratual (Capítulo 2). Nesse sentido, é importante destacar que o desequilíbrio excessivo refere-se a uma relação jurídica típica, a relação *de consumo*, razão pela qual se desenvolve, em caráter preliminar, um cuidadoso estudo sobre essa relação jurídica, compreendendo seus pressupostos fático-normativos, elementos constitutivos e característica fundamental (Capítulo 1).

A Segunda Parte destina-se ao estudo sobre a aplicação das cláusulas gerais como normas de correção das práticas abusivas no mercado de consumo, destacando-se, no Capítulo 4, a análise acerca da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º). Antes, porém, o Capítulo 3 apresenta estudo sobre a importância das cláusulas gerais para a funcionalidade do contemporâneo sistema jurídico de direito privado, compreendido como sistema jurídico *aberto*, i. e., um sistema avesso à ideia de completude da lei, no qual a atividade judicial é também fonte de produção normativa, sobretudo pela atualização do sentido e do âmbito de incidência da lei através da mobilidade intra e extra-sistemática produzida pela aplicação (concreção) das cláusulas gerais. Na experiência jurídica brasileira, precebe-se que as atuais codificações privadas (Código Civil de 2002 e CDC) são

expressões de um sistema jurídico que se propõe a uma abertura (mobilidade) sistemática, não apenas porque contém cláusulas gerais, mas porque, expressando um movimento de “recodificação” do direito privado, estão comprometidas, formal e axiologicamente, com o paradigma de *constitucionalização do direito* (promoção dos princípios e direitos fundamentais da pessoa humana). Assim, a aplicação das cláusulas gerais do CDC, ao mesmo tempo que recepciona novas realidades de consumo no âmbito normativo (mobilidade externa do sistema) deve promover, pelo “preenchimento de significado” da norma aberta, o ingresso dos valores e normas constitucionais na fundamentação das decisões judiciais (mobilidade interna do sistema), fortalecendo a ordem jurídico-constitucional de proteção dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII), fundamentada nos princípios constitucionais da defesa do consumidor, dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade, solidariedade social e confiança .

Sobre a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, é norma legal que se apresenta em dois enunciados normativos – a proibição da prática de exigir do consumidor uma *vantagem manifestamente excessiva* (art. 39, V) e a proibição de estipulação contratual que coloque o consumidor em posição de *desvantagem exagerada* (art. 51, IV). Contudo, trata-se de uma única cláusula geral que tem, por isso mesmo, o mesmo fundamento hermenêutico, estabelecido pelo próprio legislador do CDC, no §1º do art. 51 (as hipóteses ou “presunções” de vantagem exagerada). Assim, procede-se a uma análise de cada uma dessas hipóteses legais do CDC, que revela, enfim, a natureza “nuclear” (fundamental) da cláusula geral de vantagem excessiva, na medida em que pode ser aplicada a todas as espécies de práticas abusivas (pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais) no intuito de proteger a globalidade dos interesses do consumidor, i. e., interesses patrimoniais (ou “imediatamente econômicos”) e também existenciais (ou “mediatamente econômicos”). Encerrando o presente trabalho são apresentadas considerações sobre a utilidade das cláusulas gerais no Direito do Consumidor em meio ao atual processo de atualização do CDC. Por fim, são apresentadas, a título de conclusão, as teses sobre as questões centrais desta pesquisa.

Em relação aos aspectos metodológicos do trabalho, cumpre destacar que se trata de uma pesquisa predominantemente *qualitativa*, privilegiando-se o emprego da linha *dogmática* de pesquisa jurídica⁴. E do ponto de vista dos *procedimentos técnicos*, trata-se de uma

⁴ Segundo Bittar “A linha de pesquisa da técnica ou dogmática jurídica visa a propor estudos pormenorizados, aprofundados e verticalizados sobre temas de atualidade e relevância para a melhor instrumentalização das práticas jurídicas (...) A linha de pesquisa prioriza a metodologia que se abeira no texto legislativo, lesteada em

pesquisa calcada na *revisão bibliográfica* da doutrina nacional e alienígena e na análise de *documentação jurídica* (legislação em vigor, projetos de lei e jurisprudência, destacando-se, quanto a esta, as decisões do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais).

Quanto à revisão bibliográfica, cumpre apresentar os principais *referenciais teóricos* utilizados para o desenvolvimento da pesquisa. Assim, para a realização do Capítulo 1, foram consultados os seguintes autores: a) na doutrina nacional: Pontes de Miranda, Miguel Reale, Clóvis do Couto e Silva, Torquato Castro, Orlando Gomes, San Tiago Dantas, Antonio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques, Carlos Silveira Noronha, Judith Martins-Costa, Fernando Noronha, Nelson Nery Júnior, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Bruno Miragem, Adalberto Pasqualotto, Leonardo Roscoe Bessa, Fábio Konder Comparato, Fábio Ulhoa Coelho, Sergio Cavalieri Filho, Antonio Junqueira de Azevedo, Paulo Lôbo, Roberto Senise Lisboa, Humberto Bergmann Ávila, Eros Roberto Grau, Cristiane Derani, Ingo Wolfgang Sarlet, Teresa Negreiros, Luis Renato Ferreira da Silva, Nelson Rosendal, Milton Santos, Daniel Ustárroz, José Reinaldo de Lima Lopes, Fernando Rodrigues Martins, Gerson Luis Carlos Branco, Cristiano Chaves de Farias, Eliana Calmon, Guilherme Fernandes Neto, Marcelo Gomes Sodré, dentre outros; b) na doutrina alienígena: Don Slater, Grant McCracken, Mike Featherstone, David Harvey, Ronald Dworkin, Daniel Bell, Manuel Castells, Zigmunt Bauman, Karl Larenz, Erik Jayme, Robert Alexy, Jean-François Lyotard, Jean Calais-Auloy, Denis Mazeaud, Michel Vassueur, Jacques Ghestin, Dennis Berthiau, Louis Josserand, Luigi Ferri, Enzo Roppo, Natalino Irti, Pietro Perlingieri, Marco Dell'Utri, Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos Alberto Ghersi, Pablo Lucas Verdú, Gabriel Stiglitz, Jorge Mosset Iturraspe, Carlos Ferreira de Almeida, Manuel Domingues de Andrade, Jorge Reis Novais, Manuel António Carneiro da Frada, dentre outros.

Para a realização do Capítulo 2, foram consultados os seguintes autores: a) na doutrina nacional: Antonio Herman Benjamin, Adalberto Pasqualotto, Claudia Lima Marques, Nelson Nery Júnior, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Clóvis do Couto e Silva, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Judith Martins-Costa, Bruno Miragem, Claudio Bonatto, Paulo

métodos específicos de interpretação (método sistemático; método lógico-gramatical; método comparativo; método histórico...), para a devida adequação e solução de problemas práticos jurídicos, unida à necessidade de discussão exegética de inúmeras contribuições doutrinárias construídas em torno do tema sob pesquisa” (BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 155-156)

Valério Dal Pai Moraes, Antonio Junqueira de Azevedo, Leonardo Roscoe Bessa, Flávio Tartuce, Ricardo de Freitas Lima, Fabiana Rodrigues Barletta, Fábio de Souza Trajano, Cristiano Heineck Schmitt, Fernando Rodrigues Martins, Luis Renato Ferreira da Silva, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Alberto do Amaral Júnior, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, Sergio Cavalieri Filho, Marcos Catalan, Lisiane Wingert Ody, dentre outros; b) na doutrina alienígena: Frédérique Fiechter-Bouvard, Jean-Pascal Chazal, Louis Josserand, Michaélides-Nouvaros, Natalino Irti, Jacques Ghestin, Georges Ripert, Karl Larenz, Aldo Boselli, Mario Bessone, Francesco Delfini, Enzo Roppo, Marco Dell’Utri, Jorge Mosset Iturraspe, José de Oliveira Ascensão, Manuel António Carneiro da Frada, António Manuel R. Menezes Cordeiro, Jorge Reis Novais, dentre outros.

Para a realização do Capítulo 3, foram consultados os seguintes autores: a) na doutrina nacional: Judith Martins-Costa, Clóvis do Couto e Silva, Humberto Bergmann Ávila, Claudia Lima Marques, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Antonio Herman Benjamin, Bruno Miragem, Nelson Nery Júnior, Luís Roberto Barroso, Fabiano Menke, Alberto Gosson Jorge Júnior, Leonardo Roscoe Bessa, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Luis Afonso Heck, Guilherme Fernandes Neto, Sergio Cavalieri Filho, Maria Cristina Cereser Pezzella, Willis Santiago Guerra Filho, dentre outros; b) na doutrina alienígena: Karl Engisch, Claus-Wilhelm Canaris, Franz Wieacker, Max Kaser, Hans-Georg Gadamer, Erik Jayme, Valérie Lasserre-Kiesow, Norberto Bobbio, Claudio Luzatti, Natalino Irti, Ricardo Luis Lorenzetti, Jorge Reis Novais, dentre outros.

Por fim, foram consultados, para a realização do Capítulo 4, as seguintes os seguintes autores: Claudia Lima Marques, Judith Martins-Costa, Antonio Herman Benjamin, Adalberto Pasqualotto, Bruno Miragem, Orlando Gomes, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Nelson Nery Júnior, Carlos Alberto Barbosa Moreira, Antonio Junqueira de Azevedo, Luis Renato Ferreira da Silva, Cristiano Heineck Schmitt, Cesar Viterbo Matos Santolim, Guilherme Fernandes Neto, Anelise Becker, Cláudio Bonatto, Valéria Falcão Chaise, Sergio Cavalieri Filho, Flávio Tartuce, Marcelo Schenk Duque, Renata Mandelbaum, Paulo Valério Dal Pai Moraes, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, Adolfo Mamoru Nishiyama, Roberta Densa, Vivian Josete Pantaleão Caminha, dentre outros.

PARTE I - A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO E SEUS DESEQUILÍBRIOS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO CONTEMPORÂNEA

CAPÍTULO 1 - A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO: PRESSUPOSTOS FÁTICO-NORMATIVOS, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL

A relação jurídica, como observou Miguel Reale, é um dos elementos essenciais da experiência jurídica⁵. Ocorre que o conceito de relação jurídica, embora não traduza, segundo alguns, a totalidade das realidades humanas as quais a norma jurídica pretende regular⁶, põe em evidência a finalidade maior do Direito, de ser sistema normativo *das (e para as) relações humanas e sociais*⁷, segundo determinada ordem de valores reconhecida por uma comunidade em dado contexto histórico cultural⁸.

Como bem observa Domingues de Andrade, o conceito de relação jurídica pode ser compreendido *em sentido abstrato*, como arquétipo ou modelo de relação social, e *em sentido concreto*, enquanto efetiva realidade no mundo dos fatos⁹. Com efeito, é sabido que a relação jurídica em sentido concreto resulta da *juridicização* de um fato humano ou social pela

⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. , p. 213. Clóvis do Couto e Silva, a propósito, observou que “...o direito como Ciência exige conceitos, que não podem ser considerados equiponderantes com os sociais. Conceito inafastável é, e. g., o de relação jurídica entre, pelo menos, duas pessoas” (COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1976 , p. 113). Sobre o conceito de “experiência jurídica” ensina o grande jusfilósofo brasileiro: “O Direito é, pois, espécie de experiência cultural, isto é, uma realidade que resulta da natureza social e histórica do homem, o que exige nêle se considere, concomitantemente, tanto o que é *natural* como o que é *construído*, as contribuições criadoras, que consciente e voluntariamente se integraram e continuam se integrando nos sistemas jurídico-políticos” (REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 111-112).

⁶ Nesse sentido, a lição de José de Oliveira Ascensão: “Nem toda valoração pelo Direito origina uma *relação jurídica*. Há situações jurídicas, no sentido de situações valoradas pelo Direito, que se não podem reduzir à categoria intersubjetiva da relação (...) Assim, o Direito regula a pessoa em si – e a pessoa define-se independentemente da relação (...) Há que recorrer a um conceito mais genérico que é o conceito de *situação jurídica*. Este conceito, mais incolor, abrange como uma sua modalidade a relação jurídica” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V. 3 (Teoria Geral. Relações e Situações Jurídicas). 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 09-10). No mesmo sentido, Orlando Gomes considera a categoria “situação jurídica” mais abrangente do que a de “relação jurídica” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 102).

⁷ Na lição de Luigi Ferrara “Anche secondo il comum modo di vedere, il diritto è la norma della condotta umana, sai nei rapporti individuali, sai nei rapporti sociali” (FERRARA, Luigi. **Diritto Privato Attuale**. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese. 1948, p. 03).

⁸ Identificando esse sistema normativo com a ordem jurídica estatal, v. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1998, p. 36.

⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. V. I. (Sujeitos e Objecto). 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina. 1972, p. 03-04.

incidência da norma jurídica e seu suporte fático (plano da existência)¹⁰. Nesse sentido, é oportuna a lição de Torquato Castro:

Nenhuma relação social é, por si mesma, relação jurídica. No direito não há relações sociais, e sim estritamente relações jurídicas ou relações que assumem a configuração jurídica porque levadas ao esquema próprio da norma, na constância de suas formas situacionais de operação¹¹.

Identificada com seu modelo ou arquétipo abstratamente previsto na norma (relação jurídica *em sentido abstrato*) e compreendida agora como uma “realidade nova no mundo”¹², a concreta relação jurídica exprime-se como vínculo entre pessoas (naturais ou jurídicas), por meio do qual podem exercer direitos, exigir pretensões, obrigar-se a prestações (deveres) e sujeitar-se a determinado efeito jurídico¹³ (plano da eficácia).

O conceito de relação jurídica, abstrata ou concretamente considerado, requer a compreensão de seus *pressupostos* e de seus *elementos constitutivos*, sem os quais a própria ideia de relação jurídica não pode ser pensada. A doutrina brasileira, seguindo a consagrada lição de Miguel Reale, considera que os sujeitos, o objeto e a norma jurídica (vínculo de atributividade)¹⁴ são elementos constitutivos de toda e qualquer relação jurídica. Em sentido próximo, Domingues de Andrade, na doutrina portuguesa, observa que os sujeitos, o objeto, o fato jurídico e garantia (meios sancionatórios)¹⁵ são os elementos constitutivos das relações jurídicas. *Data maxima venia* aos eminentes juristas, entende-se que a norma e o fato jurídicos são, antes de elementos constitutivos, verdadeiros *pressupostos fático-normativos* de toda e qualquer relação jurídica¹⁶, na medida em que são “elementos causais”¹⁷ da mesma, condicionando sua existência, modificação ou extinção.

¹⁰ Assim, a clássica definição do mestre Pontes de Miranda: “Relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983, p. 117). Sobre o tema, v. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 71.

¹¹ CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva. 1985, p. 45).

¹² Pois como ensina o mestre brasileiro “Todo fato é, pois, *mudança* no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Op. cit.*, p. 04).

¹³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. V. I. (Sujeitos e Objecto). 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina. 1972, p. 02-03.

¹⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 217-218.

¹⁵ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V. I. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 15.

¹⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 50.

Nesse sentido, parece mais adequada a tese segundo a qual as relações jurídicas possuem dois pressupostos (a norma e o fato jurídicos) e dois elementos constitutivos: *a) elemento subjetivo*, que diz respeito às pessoas, sujeitos de direitos e deveres, que se vinculam por meio da norma e do fato jurídicos; *b) elemento objetivo*, que diz respeito aos objetos das relações jurídicas. O elemento objetivo, por sua vez, subdivide-se em: *b.1. objeto imediato*: são os bens jurídicos que justificam os *interesses*¹⁸, patrimoniais e extrapatrimoniais¹⁹, das pessoas e, portanto, a própria vinculação e; *b.2. objeto mediato*: são os comportamentos (condutas, atividades), comissivos e omissivos, que as pessoas exercem em razão dos bens jurídicos considerados em determinada relação jurídica²⁰.

O presente Capítulo pretende analisar a relação de consumo enquanto vínculo jurídico da *sociedade de consumo contemporânea* regulado pelo *Direito do Consumidor*. Com efeito, é da sociedade de consumo contemporânea que surgem os *atos* “juridicizados” pela incidência das *normas* de Direito do Consumidor, resultando nos vínculos (relações) jurídicos de consumo. Vale dizer então que a sociedade de consumo contemporânea e o Direito do Consumidor são, ao menos no aspecto lógico do fenômeno jurídico, os *pressupostos fático-normativos* das relações jurídicas de consumo, merecendo, por esse motivo, a análise a seguir.

1.1. Relação jurídica de consumo: pressupostos fático-normativos

O Direito é, em essência, fenômeno humano e social²¹, de modo que a atividade maior do jurista, o estudo e compreensão da experiência jurídica, pressupõe uma profunda análise a respeito das realidades sociais que justificam sua existência e finalidade em determinado momento histórico cultural. Nesse sentido, salvo para os que pretendam situar a ciência

¹⁸ A propósito, considera Dell’Utri que “...per ‘interesse’ si impone di intendere la tensione del soggetto verso un bene della vita e, per questo, una concreta utilità idonea a realizzare, soddisfacendolo, il bisogno dell’uomo” (DELL’UTRI, Marco. *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova. n. 3 (Anno XXXIX). 1993, p. 313).

¹⁹ Nas relações obrigacionais, importa distinguir o conteúdo da prestação do devedor – que sempre terá natureza econômica – do conteúdo do *interesse* do credor, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial. Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V. I. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 19 e 22-23.

²⁰ *Ibidem*, p. 62. No mesmo sentido, v. RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 143-144.

²¹ Na lição de Pontes de Miranda: “... onde ha espaço social ha direito, como onde ha espaço atmosferico ha corpos sólidos, liquidos ou fluidos que o occupem” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**. Volume I. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor. 1922, p. 63); e de Vicente Ráo: “Por isso, é que sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir aquela sem este, nem este sem aquela. *Ubi societas ibi jus*” (RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6. ed. São Paulo: RT. 2004, p. 53).

jurídica nos limites de um “positivismo estritamente legalista”²², parece razoável aceitar a ideia segundo a qual “... o jurista pressupõe o sociólogo e *não pode ser senão o sociólogo que se especializa*”²³.

É, portanto, inegável que o jurista necessita dos conhecimentos de outras ciências sociais (aqui exemplificadas na figura do sociólogo) para uma adequada compreensão e reflexão a respeito da experiência jurídica de seu tempo²⁴. No presente tópico serão apresentadas algumas contribuições dessas ciências, no intuito de trazer subsídios para a compreensão do pressuposto fático da relação jurídica de consumo: a *sociedade de consumo contemporânea*.

1.1.1. Pressuposto fático: a sociedade de consumo contemporânea

1.1.1.1. *Sociedade moderna e sociedade contemporânea de consumo*

As significativas transformações sociais ocorridas ao longo do século XX, sobretudo na segunda metade deste século²⁵, levaram o jurista e o legislador contemporâneos a repensar o modo de compreender a relação entre liberdade e igualdade, princípios fundamentais de

²² Na lição de Martins-Costa encontra-se uma síntese do positivismo legalista (Século XIX): “O raciocínio jurídico e, por extensão, a interpretação das normas jurídica amarram-se fortemente ao contido no texto da lei, ponto de referência exclusivo do jurista, o qual entende ter por missão deduzir passivamente os dados que lhe são transmitidos pela vontade da lei ou pela vontade do legislador” (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 268). Sobre as origens e características do positivismo legalista na Europa, sobretudo na experiência jurídica alemã, v., por todos: WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 524-525. Sobre as insuficiências do positivismo legalista, v. o prefácio de António Menezes Cordeiro à edição portuguesa de: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. XX-XXIII.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**. Volume II. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor. 1922, p. 593. E finaliza o mestre brasileiro: “Donde se conclue que aquelles conhecimentos são igualmente indispensáveis ao cientista do direito, principalmente na missão politica de influir na matéria social, objeto das suas próprias indagações” (*Ibidem*, p. 593). Na doutrina italiana, observa Luzzati que o trabalho do jurista se coloca, necessariamente, “entre lógica e política” (*tra logica e politica*), pois transita entre o domínio dos conceitos e o conhecimento – que também leva a um juízo de valores – acerca da realidade social (LUZZATI, Claudio. **La vaghezza delle norme**. Un’analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè. 1990, p. 118-123).

²⁴ Ainda na esteira do mestre brasileiro, pode-se dizer que “O conhecimento dos factos é de grande importância; e é por elle que se restitue à realidade o principio juridico, que della se tirou como realizado ou reclamado por ella (...) Porém, para conhecermos objectivamente os factos da vida social, temos de procurar *no tempo* as realidades” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**. V.I. cit., p. 395 e 397).

²⁵ Uma profunda análise histórica dessas transformações pode ser vista em HOSBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos**. O breve século XX (1914-1991). 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

qualquer ordem jurídica democrática²⁶, considerando-se, principalmente, a necessidade de corrigir (ou amenizar) os desequilíbrios estruturais (intrínsecos) da sociedade²⁷ a partir daquilo que Josseland, no início da segunda metade do século XX, denominou de *política jurídica de proteção dos fracos*:

A proteção dos fracos constitui uma das mais constantes preocupações do legislador contemporâneo, representando para ele não sómente um assunto de predileção, mas também um dos artigos de fé que se acham inscritos na pauta da política jurídica mundial (...) O direito moderno é um fenômeno de generalização, senão constantemente espontânea, mas, pelo menos, constantemente universal; surge das entranhas de uma nação e é por isso que desenvolve, mais do que nunca e em todos os seus domínios, uma política de proteção aos fracos, objeto do interesse comum²⁸.

E é justamente nesse contexto histórico cultural que se consolidaram as características da sociedade de consumo contemporânea²⁹ e, em razão delas, a necessidade da proteção jurídica dos consumidores³⁰. Há que se considerar, porém, a distinção entre o tempo da sociedade de consumo contemporânea³¹ e o tempo da *formação histórica* dessa sociedade. Em outros termos, trata-se de distinguir entre o tempo no qual parecem estar consolidadas as características gerais de uma sociedade (cultura) de consumo e o tempo no qual essas características foram gestadas.

Nesse sentido, duas reflexões merecem especial atenção, pois sugerem a necessidade de um marco histórico geral sobre a origem da sociedade (cultura) de consumo. Em primeiro lugar, a afirmação de Don Slater segundo o qual a sociedade (cultura) de consumo diferencia-se do consumo enquanto fenômeno essencialmente humano (e, por isso mesmo, presente de todas as épocas da história), justamente por ser aquela “... o modo dominante de reprodução

²⁶ Renda-se, aqui, a justa homenagem a Kelsen: “... a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia” (KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes. 1993, p. 27). Sobre a relação entre Democracia e Estado de Direito a partir da relação entre liberdade e igualdade, v. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986, p. 474 *et. seq.*

²⁷ Carlos Ferreira de Almeida, a propósito de tais desequilíbrios sociais, enfatiza que eles foram, não raras vezes, produzidos por conta da própria ordem jurídica (no caso, a ordem jurídica *liberal* dos séculos XVIII e XIX). Sobre o tema: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina. 1982, p.19; no mesmo sentido, v. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro de 2002, p. 70-71.

²⁸ JOSSERAND, Louis. A proteção aos fracos pelo direito. Trad. Francisco de Assis Andrade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 128, março de 1950, p. 363-364. Pois como observou Kelsen “A liberdade de uns pode ser a escravidão de outros” (KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 278).

²⁹ Serão analisadas neste capítulo (subitem 1.1.1.2).

³⁰ Nesse sentido, a afirmação de Herman Benjamin “El derecho del consumidor nace, se desarrolla y se justifica en la sociedad de consumo” (BENJAMIN, Antonio Herman V. El derecho del consumidor (Trad. Instituto Nacional del Consumo – España). In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 89).

³¹ Como já se destacou esse tempo tem início na segunda metade do século XX, mas compreende, sobretudo, a duas últimas décadas desse século até os dias atuais.

cultural desenvolvido no Ocidente durante a modernidade”³²; em segundo lugar, o pensamento de Grant McCracken: “O consumo moderno é, acima de tudo, um artefato histórico. Suas características atuais são o resultado de vários séculos de profunda mudança social, econômica e cultural no Ocidente”³³.

Existe certo consenso nas ciências sociais, sobretudo entre os historiadores, segundo o qual a chamada “*revolução do consumo*” representou, ao lado da revolução industrial, o marco histórico fundamental na transformação dos aspectos econômicos, políticos e sociais da cultura ocidental³⁴. Por essa razão, afirma Slater que

A cultura de consumo parece a muitos algo que só se formou na era pós-moderna, no entanto, está inextricavelmente ligada à modernidade como um todo (...) a cultura de consumo está ligada à idéia de modernidade, de experiência moderna e de sujeitos sociais modernos³⁵.

Não obstante essa constatação, a análise dos historiadores revela dissenso quanto ao exato contexto geográfico e temporal onde teriam ocorrido os fatores determinantes para a formação da sociedade de consumo³⁶. Assim sendo, e assumindo as dificuldades e os riscos inerentes a uma análise histórica³⁷, compreende-se que as origens da sociedade (cultura) de consumo remontam a realidades ocorridas especificamente na Inglaterra e na França, entre os

³² SLATER, Don. **Cultura de Consumo & Modernidade**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel. 2002, p. 17. Zigmunt Bauman, por sua vez, observa: “De maneira distinta do *consumo*, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o *consumismo* é um atributo da *sociedade* (BAUMAN, Zigmunt. **Vida para Consumo**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2008, p. 41). Com efeito, o consumo, como ato humano tendente à satisfação de necessidades, esteve sempre presente nas sociedades humanas, mesmo nas mais primitivas. Nesse sentido, a observação do professor Carlos Silveira Noronha “No concerto histórico-universal os bens de consumo e serviços sempre estiveram presentes na vida do ser humano, como exigência necessária, material, fisiológica, psicológica e hedonística da humanidade, no endereço à satisfação de suas necessidades” (NORONHA, Carlos Silveira. Revisitando a tutela do consumidor nos precedentes históricos e no Direito Pátrio. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 24, 2004, p. 61).

³³ McCracken, Grant. **Cultura & Consumo**. Trad. Fernanda Eugenio. Rio de Janeiro: Mauad. 2003, p. 21.

³⁴ *Ibidem*, p. 21.

³⁵ SLATER, Don. **Cultura de Consumo & Modernidade**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel. 2002, p. 18. Sobre o tema, v. ainda: FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e pós-modernismo**. Trad. Júlio Assis Simões. São Paulo: Nobel. 1995, p. 20 *et. seq.*

³⁶ Assim, “McKendrick (1982), por exemplo, reivindica a descoberta do nascimento da revolução do consumo na Inglaterra do século XVIII, enquanto Williams (1982) a localiza na França do século XIX e Mukerji (1983) na Inglaterra dos séculos XV e XVI” (McCracken, Grant. *Op. cit.*, p. 22).

³⁷ Sobre esses riscos e dificuldades, v. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT. 2007, p. 24. Segundo o mestre Pontes de Miranda: “Sómente os factos presentes e actuaes são observáveis; os passados sómente indirectamente podem ser conhecidos (testemunho, raciocínio)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Volume I. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor. 1922, p. 395).

séculos XVI e XIX³⁸. A análise dessas realidades, sobretudo das consequências sociais sentidas nesses dois países, permite constatar que, em essência, as características gerais da sociedade de consumo contemporânea são, em grande parte, desdobramentos (transformações) das características existentes desde o tempo de sua formação histórica³⁹.

Enfim, pode-se dizer que a sociedade de consumo contemporânea, como será visto na sequência, está associada ao contexto da *pós modernidade*, denominação que considerável parcela de cientistas sociais atribui ao tempo histórico cultural presente. As características dessa sociedade de consumo pós moderna, não obstante alguns aspectos absolutamente impensáveis no início da era moderna, como a existência das atuais tecnologias da informação (computadores, *internet* etc.), são desdobramentos (transformações) de uma sociedade de consumo cujas características (sobretudo, a da massificação da produção e da cultura consumista) se desenvolveram no contexto da *modernidade*, especialmente entre os séculos XVIII e XIX⁴⁰.

1.1.1.2. As características gerais da sociedade de consumo contemporânea

A origem do movimento consumerista e dos sistemas jurídicos de proteção e defesa dos consumidores pode ser compreendida como uma resposta ao desequilíbrio estrutural (intrínseco) presente nas relações entre consumidores e fornecedores, sobretudo a partir do contexto histórico cultural que se pode denominar “sociedade de consumo *contemporânea*”⁴¹. Com efeito, as características dessa sociedade – que tem início a partir da segunda metade do

³⁸ McCracken, Grant. **Cultura & Consumo**. Trad. Fernanda Eugenio. Rio de Janeiro: Mauad. 2003, p. 28. Don Slater, por sua vez, afirma que a cultura (sociedade) de consumo “Surgiu no Ocidente, a partir do século XVIII, como parte da afirmação ocidental que a diferenciava do resto do mundo como uma cultura moderna, progressiva, livre, racional” (SLATER, Don. **Cultura de Consumo & Modernidade**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel. 2002, p. 17-18).

³⁹ Sobre a formação histórica da sociedade de consumo brasileira (e sua configuração contemporânea) v. a excelente análise de SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT. 2007, p. 23 *et seq.*

⁴⁰ Pela delimitação da presente pesquisa não será feita análise mais pormenorizada sobre o processo de formação histórica da sociedade moderna a partir do recorte histórico-geográfico sugerido. Sobre o tema v. AZEVEDO, Fernando Costa de. Sociedade de consumo: da origem moderna à configuração contemporânea ou pós moderna. (prelo). Na doutrina brasileira, v. ainda: RODRIGUES NETTO, Bernard. O consumidor para além do seu conceito jurídico. Contribuições da filosofia, sociologia e antropologia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 84, outubro-dezembro de 2012, p. 74 *et seq.*

⁴¹ Nesse sentido, Calais-Auloy é enfático ao afirmar que “Le déséquilibre s’est aggravé dans la seconde moitié du XXe siècle” (CALAIS-AULOY, Jean. Un Code, um Droit. In: CALAIS-AULOY, Jean; CAUSSE, Hervé. **Après le Code de la Consommation. Grands problèmes choisis** (Cet ouvrage a été publié avec le concours du Centre de Droit des Affaires de l’Université de Reims), n. 19. Paris: Librairie de la Cour de Cassation. 1995, p. 13.

século XX e que se consolida já em meados da década de 80 – traçam, em análise conjunta e complementar, a sua configuração geral⁴².

Antes, porém, de apresentar tais características, convém estabelecer, a partir das limitações próprias desta pesquisa, a necessária relação entre os termos “sociedade de consumo contemporânea” e “sociedade de consumo *pós moderna*”⁴³. Com efeito, a *pós modernidade* pode ser apresentada como a denominação que significativa parcela de cientistas sociais⁴⁴ atribui a esse tempo presente, o tempo histórico cultural contemporâneo. Para Featherstone “...falar em pós-modernidade é sugerir a mudança de uma época para outra ou a interrupção da modernidade, envolvendo a emergência de uma nova totalidade social, com seus princípios organizadores próprios e distintos”⁴⁵.

Assim, em relação ao tempo pós moderno (ou à pós modernidade) há inúmeras análises e impressões⁴⁶, mas parece haver, também, um relativo consenso entre os cientistas sociais quanto ao fato de que esse momento histórico apresenta-se como uma época de ruptura ou incerteza em relação à continuidade de uma “visão geral de mundo”, construída e vivenciada ao longo dos últimos séculos, isto é, a visão moderna. Essa, aliás, parece ser a razão pela qual se fala em *crise da pós-modernidade*.

⁴² Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior “A história do direito do consumidor está associada diretamente ao surgimento dos mercados de massa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período em que houve uma expansão no consumo de bens duráveis jamais vista na história do capitalismo” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 261)

⁴³ Vale dizer que tempo histórico contemporâneo e tempo histórico pós moderno são expressões que, em certa medida, se equivalem e serão assim tratadas nesta pesquisa.

⁴⁴ Cientistas sociais como Boaventura de Sousa Santos, David Harvey, Jean Baudrillard, Jean-François Lyotard, Mike Featherstone, Zigmunt Bauman e Erik Jayme.

⁴⁵ FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e pós-modernismo**. Trad. Júlio Assis Simões. São Paulo: Nobel. 1995, p. 20.

⁴⁶ Bauman, por exemplo, estabelece um interessante paralelo entre modernidade e pós-modernidade a partir dos valores “segurança” e “liberdade”. Sua análise, baseada na obra de *O Mal Estar da Civilização* (Freud), revela que: “Os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais em busca da felicidade individual. Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais” (BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Claudia M. Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 10). Em outra obra, sublinha o sociólogo que a percepção do próprio tempo na cultura pós moderna não é a de um tempo cíclico nem linear. Ao contrário, afirma Bauman que é “... um tempo *pontuado*, marcado tanto (se não mais) pela profusão de *rupturas e descontinuidades* (...) é fragmentado, ou mesmo pulverizado, numa multiplicidade de ‘instantes eternos’...” (*Idem*. **Vida para Consumo**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2008, p. 46).

Sobre o tema, manifesta-se Marques:

Os europeus estão a denominar este momento de queda, rompimento ou ruptura (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade. Seria a crise da era moderna e de seus ideais concretizados na Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade, que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realmente realizáveis⁴⁷.

Ao contrário do contexto moderno, com pretensões de unidade, coerência e universalidade de valores, pode-se dizer que “...a fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou (para usar termo favorito) ‘totalizantes’ são o marco do pensamento pós-moderno”⁴⁸. Trata-se, portanto, de um tempo formado por realidades complexas - de considerável grau de individualismo e de descrença em projetos sociais coletivos - que, segundo Lyotard⁴⁹, perpassam todas as formas de relações sociais e de manifestação de pensamento humano (artístico, político, econômico, científico etc.). Assim, Marques, a respeito de complexidade social existente no tempo pós moderno, observa que:

Basta observar a sociedade brasileira deste início de século XXI onde convivem a ‘idade média’ das favelas, a ‘modernidade’ dos parques industriais fordistas e a ‘pós-modernidade’ das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluidas e instáveis, a sociedade de informação, a globalização niveladora das culturas, a riqueza especulativa pós-fordista, o renascimento das identidades, tudo na mesma sociedade, convivendo e interagindo entre tolerância e radicalismo, exclusão e setores de excelência – basta receber esta nova imagem para concluir: algo mudou⁵⁰.

No que se refere à cultura individualista e, de certo modo, avessa a projetos sociais coletivos, observa Gherzi que:

La dominante lógica de la posmodernidad – lo hemos señalado ya en notas anteriores – ha barrido literalmente con los valores de la modernidad, sobre todo con los sociales, lo colectivo y al disolver aquella axiología e incorporar la etiqueta del individualismo exacerbado, ha sacralizado y coronado el super yo, em reemplazo del yo em la sociedad de este fin de siglo⁵¹.

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 172. Com efeito, a análise da eminente jurista encontra amparo em trabalhos como o de Boaventura de Sousa Santos, para quem a pós-modernidade parece contestar a racionalidade emancipatória da modernidade, aquilo que o autor denomina “projecto sócio-cultural da modernidade” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez. 2000, p. 77-78).

⁴⁸ HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Trad. Adail Sobral e Maria S. Gonçalves. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2005. p. 19.

⁴⁹ LYOTARD, Jean- François. **A condição pós-moderna**. 2. ed. Trad. José B. de Miranda. Lisboa: Gradiva. 1989, p. 11.

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 170-172.

⁵¹ GHERSI, Carlos Alberto. **La posmodernidad jurídica**. Buenos Aires: Gowa, 1995. p. 24-25. Para Eric Robsbawm, uma das transformações mais marcantes do final do século XX e do início do século XXI vem a ser

Assim sendo, percebe-se que a sociedade de consumo contemporânea integra esse contexto histórico cultural representativo da pós modernidade e que, a partir desse contexto, desenvolve-se, de modo particular, segundo determinadas características (ou significações) gerais.

Em primeiro lugar, a sociedade de consumo contemporânea é uma *sociedade massificada*. Na verdade, e como visto anteriormente⁵², não se trata de uma característica exclusiva desse tempo atual, já que a massificação da produção/consumo representa o traço fundamental de vinculação entre as duas grandes revoluções sociais da modernidade: a revolução industrial e a revolução do consumo⁵³. Contudo, é característica que assume, no tempo histórico pós moderno, contornos específicos, relacionados às demais características que serão adiante analisadas.

A sociedade (moderna e pós moderna) de consumo é, em essência, uma sociedade massificada⁵⁴, que pode ser compreendida a partir de dois importantes aspectos. O primeiro é a *padronização*, pelos fornecedores, das práticas de oferta, produção, distribuição, comercialização de produtos e de prestação de serviços⁵⁵, acompanhada da necessária padronização das contratações⁵⁶ e da oferta generalizada de crédito aos consumidores⁵⁷. Em outros termos, revela-se a massificação da sociedade de consumo na *padronização* de todos

a desintegração de velhos padrões de relacionamento social humano e com ela, aliás, a quebra dos elos entre as gerações, quer dizer, entre passado e presente. Nesse sentido, Robsbawm cita o exemplo de certos países de capitalismo mais desenvolvido, onde predominam o que denomina de “valores de um individualismo associal absoluto” (HOBSBAWN, Eric. **A Era dos Extremos**. O breve século XX (1914-1991). 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995, p. 24).

⁵² No tópico anterior (1.1), viu-se que o consumo de massa já era uma realidade da sociedade *moderna* de consumo. A propósito, v. McCracken, Grant. **Cultura & Consumo**. Trad. Fernanda Eugenio. Rio de Janeiro: Mauad. 2003, p. 36-52.

⁵³ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁴ Nesse sentido, v. PODESTÁ, Fábio Henrique. **Interesses Difusos, Qualidade da Comunicação e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 63-108.

⁵⁵ Como ensina Rizzatto Nunes “Essa produção homogeneizada, ‘standartizada’, em série, possibilitou uma diminuição profunda dos custos e um aumento enorme da oferta, indo atingir, então, uma mais larga camada de pessoas” (RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 03-04).

⁵⁶ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 71-91; MANDELBAUM, **Contratos de Adesão e Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996; e GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972.

⁵⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 25 e 81-82. Cumpre observar que embora a oferta de crédito e os sistemas de venda à crédito, como visto anteriormente (1.1), já existissem na Europa do século XIX, a verdade é que, a partir da segunda metade do século XX, intensificaram-se essas práticas de mercado, capitaneadas agora pelo modelo capitalista dominante dos Estados Unidos da América, a uma proporção e diversidade desconhecidas.

os aspectos envolvendo produção e consumo, com destaque, no campo jurídico, para a padronização dos instrumentos contratuais que, na profunda reflexão de Vasseur, está associada ao fenômeno de *coletivização* dos contratos:

Le contrat destiné à traduire les réalités économiques et sociales nouvelles s'élève du plan individuel au plan collectif et, conformément à l'évolution de l'économie d'aujourd'hui, devenue une économie de masse et de groupes, se met à l'échelle de ces groupes plus ou moins denses et les introduit dans le jeu des mécanismes économiques⁵⁸.

O segundo aspecto da sociedade massificada é a *despersonalização* dos destinatários da produção (os consumidores) em relação aos detentores da produção (os fornecedores). Martins-Costa, citando Diez-Picazo, observa que “De algum modo, o fato característico, ainda que constitua uma redundância, é que a sociedade não é de pessoas, mas de massas. As massas pensam-se como *conjuntos humanos*, nos quais o homem se integra como um ser anônimo e despersonalizado”⁵⁹.

Assim, os consumidores são, regra geral, seres anônimos (sujeitos “sem rosto”, “sem individualidade”) perante os fornecedores, importando, para estes, apenas o dado quantitativo (quantos contrataram?) e não o qualitativo (quem são?)⁶⁰. Com efeito, a despersonalização torna-se uma exigência da racionalidade econômica capitalista a partir da Revolução Industrial, pois a produção deve alcançar sujeitos indeterminados que se disponham a aceitar as condições unilateralmente estabelecidas pelos fornecedores⁶¹.

⁵⁸ VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, Tome Soixante-deuxième, 1964, p. 11.

⁵⁹ DIEZ-PICAZO, Luís. **Derecho y Masificación Social**. Madrid: Civitas. 1987, p. 23 *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 56, 1992, p. 69-70.

⁶⁰ A propósito, reconhece Bessa que “O consumidor tem deixado de ser uma *pessoa* para se tornar apenas um *número*” (BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 31).

⁶¹ Marques chama a atenção para o fato de que na sociedade de consumo contemporânea também os fornecedores, de certo modo, se despersonalizam em relação aos consumidores, o que se deve ao contexto da *cadeia de fornecimento* na qual estão inseridos e pela qual se apresentam aos consumidores de produtos e serviços (principalmente, de serviços cuja execução se prolonga no tempo), em relações denominadas “pós-personalizadas” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 403-407). O tema será desenvolvido no Capítulo 2, quando da análise acerca do conceito de fornecedor nas relações de consumo.

Na precisa lição de Comparato:

O regime da produção de massa, instaurado com a chamada ‘revolução industrial’, acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. Produtores são os que controlam bens de produção, ou seja, deles dispõem de fato, sob a forma de empresa, ainda que despidos da propriedade clássica. Consumidores, os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem-se submeter ao poder dos titulares destes⁶².

Esses aspectos da sociedade massificada de consumo já evidenciam que a figura do consumidor, sobretudo na época contemporânea, distancia-se em muito da noção moderna de “indivíduo”, i. e., do “... homem isolado em sua singularidade, sobre o qual se assentou, como base e justificativa, o padrão de igualdade formal e da liberdade, inscrito no substrato político do dogma da livre manifestação de vontade”⁶³.

Em outros termos, a sociedade massificada e pós moderna de consumo não se coaduna com a compreensão moderna do indivíduo, centrada em sua autonomia racional que, por sua vez, traduziu-se em autonomia jurídica (o princípio – ou dogma jurídico – da *autonomia da vontade*⁶⁴). Ghestin, a propósito das origens e fundamentos da autonomia da vontade, observa que “Fondé sur une analyse philosophique individualiste des droits subjectifs, le dogme de l’autonomie de la volonté s’est développé au XIXe siècle sous l’influence de la doctrine économique libérale”⁶⁵. No plano contratual, como ensinam Alterni e López Cabana, essa

⁶² COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo de direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 77, janeiro-março de 2011, p. 29. No mesmo sentido, v. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro de 2002, p. 69.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 56, 1992, p. 70.

⁶⁴ Para significativa parcela da doutrina jurídica, a passagem do Estado Liberal para um Estado Social (interventor de modo mais acentuado nas relações jurídicas privadas) trouxe a necessidade de reformular o princípio da autonomia da vontade, traduzido, a partir de então, como “*autonomia privada*” (poder de auto regulamentação dos interesses privados nos limites – agora maiores do que no período do Estado Liberal – da ordem jurídica). Sobre o tema, na doutrina italiana, v. FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Trad. Luis S. Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1969, p. 5-7. Na doutrina portuguesa, v. PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. 1982; Na doutrina brasileira, v., por todos: GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 30-31

⁶⁵ GHESTIN, Jacques. L’utile et le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris, t. 26, 1981, p. 36. Michaélidès-Nouvaros, sobre a construção do conceito de “direito subjetivo” no direito privado moderno, ensina que ela ocorreu a partir de determinadas premissas filosóficas, como a da “responsabilidade moral do homem” (“*la responsabilité morale de l’homme*”) e da “liberdade do homem” (“*la liberté de l’homme*”) (MICHAÉLIDÈS-NOUVAROS, G. L’évolution récente de la notion de droit subjectif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. t. 64. Paris, 1966, p. 216-219). Por fim, sobre o princípio da autonomia da vontade e o “voluntarismo jurídico” do direito privado liberal v., por todos: RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2002, p. 53-55; ALTERNI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto M. **La autonomía de la voluntad en el contrato moderno**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1989, p. 17 *et. seq.*; SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. **Problemas de Direito Positivo**. Estudos

autonomia se refletiu na plena liberdade dos sujeitos, onde “...están abarcadas las facultades de celebrar un contrato, de rehusarse a hacerlo, de elegir el cocontratante, de determinar su objeto; se trata de las denominadas *autodecisión y autorregulación*”⁶⁶.

Assim, ao contrário da concepção moderna (e liberal) de indivíduo, compreendido como sujeito racionalmente autônomo e capaz de discernir e escolher, com plena consciência e liberdade, sobre as realidades sociais que o circundam⁶⁷, a concepção pós moderna de indivíduo (o consumidor pós moderno) não dispõe, na realidade, dessa plena capacidade, na medida em que sua existência (e consciência), no contexto da sociedade de consumo contemporânea, revela-se fragmentada (o *homo economicus*)⁶⁸ ou, de certo modo, despersonalizada⁶⁹.

Por essa razão, justifica-se o interesse da ciência jurídica pela compreensão do *status* de consumidor⁷⁰. O conceito de *status*, segundo Dosi, “... si configura come un nesso relazionale tra un soggetto e una collettività, volto al soddisfacimento di un interesse che integra un fine superiore rispetto a quello dell’individuo”⁷¹. Nesse sentido, reconhece o jurista italiano que “Il consumatore, oltre ad agire per la soddisfazione di un proprio bisogno, va

e Pareceres. Rio de Janeiro: Forense. 1953, p. 14-16; GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 09-11; NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 64 e; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 51-64.

⁶⁶ ALTERINI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto M. **La autonomía de la voluntad en el contrato moderno**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1989, p. 36. Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 60-61.

⁶⁷ Como ensina Michaélidès-Nouvaros “Le principe de la responsabilité morale de l’homme présuppose l’existence chez chaque individu d’une volonté libre, d’une certaine liberté de décision” (MICHAÉLIDÈS-NOUVAROS, G. *Op. cit.*, p. 218). Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 60-61).

⁶⁸ Marques e Miragem, a propósito, consideram que “...a condição pós-moderna da pessoa no mercado pode ter como consequência no Brasil uma passagem do *homo faber* ao *homo economicus*. Isto é, uma fragmentação do sujeito em muitos papéis conectados (*soggetto scisso*), com uma prevalência da visão ativa na economia desta pessoa (...) Seria um *Homo* fragmentado, plúrimo e resultaria desta pluralidade de papéis, fontes e regimes conectados, o necessário diálogo das fontes” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 20).

⁶⁹ Nesse sentido, observa Ludwig Raiser que “Oggi il modello di personalità libera ed autoreponsabile elaborato dalla filosofia ottocentesca e adottato dalla dottrina giuridica di quell’epoca non può più essere accettato in modo acritico. Affermare la própria persona e valutare le conseguenze delle proprie azioni per poterne rispondere è diventato un compito estremamente complesso” (RAISER, Ludwig. **Il compito del diritto privato**. Saggi di diritto privato e di diritto dell’economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè. 1990, p. 57).

⁷⁰ DOSI, Laurence Klesta. *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 6 (Anno XLIII), novembre-dicembre/1997, p. 667. Segundo outro autor italiano, Pietro Rescigno, o *status* pode ser definido como “... relazione giuridica personale per sua natura non temporanea e non risolubile per la mera volontà delle parti, situazione che riguarda anche i terzi e lo Stato” (RESCIGNO, Pietro. *Situazione e status nell’esperienza del diritto*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, Parte I (Anno XIX). 1973, p. 211).

⁷¹ DOSI, Laurence. *Op. cit.*, p. 675.

considerato anche nella sua qualità di membro di un gruppo le cui finalità convergono, senza tuttavia necessariamente coincidere”⁷²

O consumidor, sujeito pós moderno, é compreendido em sua relação com o grupo ou coletividade aos quais pertence e a partir dos quais estabelece suas relações com os fornecedores de produtos e serviços, onde o poder decisório sobre a produção e o conteúdo contratual é conferido apenas ao fornecedor⁷³, e onde o consumidor encontra-se exposto a toda sorte de danos (patrimoniais e extrapatrimoniais)⁷⁴ e de abusos nas práticas (contratuais ou não) de mercado, além de situações marcadas pelo excessivo desequilíbrio econômico, como as de superendividamento nos contratos de crédito ao consumidor pessoa física⁷⁵.

Contudo, é importante deixar claro que a autonomia da vontade, não obstante ser princípio jurídico próprio do tempo histórico moderno, conserva sua importância como princípio fundamental do direito privado na pós modernidade jurídica (para alguns, como “autonomia privada”⁷⁶), sobretudo nas relações contratuais marcadas pela isonomia⁷⁷, isto é, pela ausência de um desequilíbrio estrutural de posições jurídicas⁷⁸.

⁷² DOSI, Laurence Klesta. Lo *status* del consumatore: prospettive di diritto comparato. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 6 (Anno XLIII), novembre-dicembre/1997, p. 675.

⁷³ A propósito, Enzo Roppo, em obra já consagrada, traz importantes reflexões a respeito dos “processos de objetivação do contrato”, necessários ao dinamismo das relações contratuais massificadas ao longo do século XX (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 295-311).

⁷⁴ A respeito da distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, na doutrina brasileira, v. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 667, maio de 1991, p. 07-16. Sobre a responsabilidade dos fornecedores no direito brasileiro do consumidor, v., por todos: LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 193 et seq.; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 113 et. seq.

⁷⁵ Sobre o tema, na doutrina jurídica brasileira v., por todos: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do Consumidor Endividado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006; COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

⁷⁶ FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Trad. Luis S. Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1969; PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. 1982 e; GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 30-31.

⁷⁷ Sobre o tema, v. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. V. 3. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 28.

⁷⁸ Nesse sentido, observa a professora Vera Fradera que “... a autonomia da vontade, no plano internacional, tem sido ampliada de forma extraordinária, criando um círculo liberal na área contratual, quase imune à interferência do Estado, tendo como único limite os já clássicos *ordem pública e bons costumes*” (FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 552).

Assim sendo, entende Ghestin que

...l'autonomie de la volonté reste, malgré les restrictions qui lui sont aujourd'hui apportées, le principe explicatif dont on déduit le régime du contrat. Les solutions incompatibles avec ce principe sont présentées comme des exceptions, des atténuations ou des limitations⁷⁹.

Assim, onde inexistir desequilíbrio estrutural (intrínseco) nas posições dos sujeitos da relação contratual privada, o princípio da autonomia da vontade assume sua centralidade, como norma orientadora para a interpretação dessas relações jurídicas isonômicas; onde, porém, existir esse desequilíbrio – como ocorre nas relações de consumo – a autonomia da vontade perde sua centralidade em detrimento de outro importante princípio: o princípio do *equilíbrio*⁸⁰.

Em segundo lugar, a sociedade de consumo contemporânea é uma *sociedade pluralista*. O pluralismo cultural pode ser compreendido como a existência (e a convivência) de uma multiplicidade de valores, resultantes das necessidades e preferências dos variados grupos de consumidores (homens e mulheres, hetero e homossexuais, brancos, negros, idosos, crianças e adolescentes, com alto ou baixo poder aquisitivo e educacional, ateus, espíritas, católicos, evangélicos etc.)⁸¹ que interagem a partir de seus “códigos de consumo”, pois, como ensina Slater, “...ao consumir, não reproduzimos – *jamais* – apenas a nossa existência física; também reproduzimos (...) modos de vida específicos, culturalmente significativos”⁸². Assim sendo, percebe-se que a massificação da oferta, produção e contratação da sociedade de consumo pós moderna busca atender a essa intensa diversidade de valores, necessidades e preferências⁸³.

⁷⁹ GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris, t. 26, 1981, p. 39.

⁸⁰ O princípio do equilíbrio (ou o “equilíbrio mínimo”) das relações de consumo será analisado no Capítulo 2 (subitem 2.2.1). A propósito, convém destacar que a expressão “equilíbrio mínimo”, adotada neste trabalho, é inspirada na obra de Marques (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 288 *et seq.*).

⁸¹ Nesse sentido, é oportuna a análise de Mike Featherstone sobre a ‘estetização da vida cotidiana’ e as ‘culturas pós-modernas da cidade’ (FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e pós-modernismo**. Trad. Júlio Assis Simões. São Paulo: Nobel. 1995, p. 98-148. *passim*). Sergio Iglesias de Souza enfatiza que, na pós modernidade, a sociedade é formada por “estratos culturais heterogêneos” (SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 24). Sobre o aspecto religioso, v. SILVA, Ivan de Oliveira. **Relação de Consumo Religiosa**. A vulnerabilidade do fiel-consumidor e a sua tutela por meio do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas. 2012.

⁸² SLATER, Don. **Cultura de Consumo & Modernidade**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel. 2002, p. 14.

⁸³ Como ensina Ghersi “La sociedad de consumo se nos ofrece en sí misma como un “bien” de disfrute abundante y de infinitas posibilidades” (GHERSI, Carlos Alberto. Derecho e información. In: NERY JÚNIOR,

É bem verdade que, em qualquer época o consumo é sempre uma realidade cultural, pois está diretamente relacionado ao significado (valor) que a sociedade atribui a determinados bens em certo tempo da história⁸⁴, de modo que o “ser membro de uma sociedade – moderna ou pós moderna – de consumo” implica a necessidade de conhecer e utilizar os “códigos de consumo” dessa sociedade⁸⁵, a fim de obter, para si, o sentimento de participação, de pertença ao corpo social⁸⁶. Como bem observa Cordeiro

A escolha entre dois produtos de uma mesma classe ou espécie, por exemplo, entre dois celulares, não é meramente uma escolha entre funcionalidades e preço. Envolve também a demonstração de um poder aquisitivo e a representação da classe social a qual você pertence. O poder de compra de um indivíduo tem a capacidade de inseri-lo ou de excluí-lo de determinados contextos sociais⁸⁷.

Essa tendência humana, já perceptível nos primórdios da sociedade (cultura) de consumo, intensificou-se no contexto histórico atual, de tal modo que pode ser caracterizado “...par un pluralisme de styles et de valeurs inconnu autrefois”⁸⁸. O pluralismo cultural é, portanto, um dos traços marcantes da sociedade de consumo contemporânea, pois se revela, como em nenhuma outra época, na existência de uma pluralidade de grupos e interesses sociais que buscam, ao invés de valores compartilhados (característica da modernidade), o reconhecimento de seus próprios valores e visões de mundo⁸⁹. Nesse sentido, importa ainda destacar a influência dessa característica pós moderna no direito⁹⁰, na medida em que os distintos grupos e interesses sociais tendem a rejeitar os modernos “sistemas genéricos

Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil – V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 55).

⁸⁴ CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 84, outubro-dezembro de 2012, p. 56 *et seq.* A propósito da modificação na importância social dos bens ao longo dos tempos, observa Marques: “Se, na idade média, os bens economicamente relevantes eram os bens imóveis, na idade moderna, o bem móvel material, indiscutível que hoje, na idade atual pós-moderna, valorizado está o bem móvel imaterial (*software* etc.) ou o desmaterializado ‘fazer’ dos serviços, da comunicação, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do crédito” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 180).

⁸⁵ Nesse sentido é que, segundo Lyotard, o saber pós-moderno “(...) refina a nossa sensibilidade para as diferenças” (LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 2. ed. Trad. José B. de Miranda. Lisboa: Gradiva. 1989, p. 13).

⁸⁶ SLATER, Don. **Cultura de Consumo & Modernidade**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel. 2002, p. 131.

⁸⁷ CORDEIRO, Carolina Souza. *Op. cit.*, p. 64.

⁸⁸ JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne** (Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye). Kluwer: Dordrecht, v. II. 1995, p. 251.

⁸⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 33, janeiro-março de 2000, p. 123.

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 174-175.

normativos”⁹¹ – a exemplo do Código Civil⁹² – e a reivindicar suas específicas regulações jurídicas⁹³, naquilo que se convencionou chamar o “direito à diferença” (*le droit à la différence*)⁹⁴.

Enfim, o pluralismo jurídico, como ensina Marques:

...manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (*Zersplietierung*); manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou dos que se beneficiam da proteção do meio ambiente, e na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersionalizadas. Pluralismo, também, na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, um *double coding*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo de direitos assegurados, no direito à diferença e ao tratamento diferenciado dos diferentes, ao privilégio de alguns, nos espaços e setores “de excelência”⁹⁵.

Percebe-se, assim, que o pluralismo jurídico – compreendido aqui como o pluralismo da produção/interpretação das fontes legislativas – e o pluralismo cultural – a existência e a convivência de expressões culturais distintas em uma mesma ordem social – relacionam-se e implicam-se mutuamente, destacando-se, quanto ao tema da proteção aos consumidores, a

⁹¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 175.

⁹² Sobre a perda de centralidade do Código Civil nas relações jurídicas privadas, v. IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. Milano: Giuffrè. 1979, p. 33-39; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 52-53. Na doutrina brasileira, v., dentre outros, FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 547-550.

⁹³ Antônio Junqueira de Azevedo, a propósito, denominava esse fenômeno de “hipercomplexidade” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 123). Assim, como observou Natalino Irti, no final da década de 70: “La crisi della “centralità” del código è soltanto una immagine della crisi dello Stato moderno; e così dell’emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites, che esigono specifici statuti e tavole di diritto” (IRTI, Natalino. *Op. cit.*, p. 38).

⁹⁴ JAYME, Erik. *Op. cit.*, p. 251. Em outra passagem, reconhece o eminente jurista alemão que o pluralismo das fontes jurídicas expressa ainda a idéia da *multiplicidade*: “Dal punto di vista giuridico la molteplicità si traduce nella predisposizione di alternative, opzioni, possibilità (...) Confrontare secondo i canoni della postmodernità significa dunque testare l’approccio dei diversi sistemi verso simili propositi” (*Idem*. Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 6, 1997, p. 818-819). Sobre o direito “pós moderno”, observam Marques e Miragem: “Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente, como afirma Erik Jayme o *droit à la differene* é o direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas (*Rechte auf positive Handlugen*) do Estado em pró do indivíduo identificado com determinado grupo” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 116).

⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 175. Sobre o pluralismo das fontes legislativas, v. MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e Assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 11-82.

necessidade de identificação e proteção jurídica especial a determinadas categorias ou grupos de consumidores, tidos como *hipervulneráveis*⁹⁶. Com efeito, o reconhecimento do grupo social hipervulnerável (pluralismo cultural) dá ensejo ao tratamento jurídico especial ou diferenciado (pluralismo jurídico – aplicação do “direito à diferença” na interpretação e aplicação do próprio sistema jurídico de proteção aos consumidores)⁹⁷.

Em terceiro lugar, a sociedade de consumo contemporânea é uma *sociedade da informação*. Em linhas gerais, isso significa que a informação passou a ser, não apenas um valor culturalmente significativo⁹⁸, como também um bem (imaterial) de natureza fundamental para as relações econômicas, políticas e sociais, razão pela qual as ordens jurídicas, nacionais e comunitárias, ocuparam-se, como em nenhuma outra época da história, da regulação acerca do direito à informação e dos limites ao seu exercício⁹⁹, sobretudo no âmbito de relações jurídicas marcadas por forte interesse público social, como nas relações de consumo¹⁰⁰, onde o acesso dos consumidores a uma informação clara e adequada pode representar o fator decisivo para o exercício de um “consentimento esclarecido”

⁹⁶ Como afirmam Marques e Miragem “...a tendência atual e de futuro é identificar a diferença e respeitá-la (sejam crianças, adolescente, idosos, pessoas portadoras de necessidades especiais, consumidores). Isto é, identificar os grupos em que há uma ‘unidade diferencial’ coletiva e mantê-la sem suprimi-la, sem querer transformar a diferença em ‘igualdade’ ou ‘normalidade’” (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 179). Assim sendo, entende-se que no campo das relações jurídicas de consumo as referidas noções de “direito à diferença” e “multiplicidade” (Jayme) estão relacionadas ao reconhecimento e aplicação de um tratamento jurídico diferenciado a consumidores (em especial, pessoas físicas) em situações de vulnerabilidade agravada, a chamada *hipervulnerabilidade* dos consumidores.

⁹⁷ Veja-se que o próprio CDC reconhece expressamente a necessidade de identificação e proteção de certos grupos cuja vulnerabilidade é agravada em consequência de “...sua idade, saúde e condição social” (CDC, art. 39, IV). Sobre o tema, v., por todos: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 184-195.

⁹⁸ GHERSI, Carlos Alberto. Derecho e información. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil – V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 56. Sobre o tema, v. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 175.

⁹⁹ Sobre o tema, no plano da ordem jurídica constitucional brasileira, v. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 49-53. No plano comunitário, considerando a experiência histórica da Comunidade Econômica Européia, v. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina. 198, p. 35-39.

¹⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 173. Paulo Lôbo, nesse sentido, observa que “Os direitos do consumidor, é cediço, radicam no interesse público social, que não se compagina no clássico interesse público estatal” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil. V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 96).

(“*consentment éclairé*”)¹⁰¹, capaz de minimizar os riscos de danos¹⁰² e de situações de abuso por parte dos fornecedores¹⁰³.

Como bem observa Ghersi

La información aparece cumpliendo una función de transcendência, así en la toma de decisiones (aspecto psicológico); em la conveniencia o utilidad de los precios y o sus financiamientos (aspectos económicos); la cobertura o satisfacción de una necesidad (aspecto antropológico); la defensa o tutela del consumidor (aspecto jurídico) etc¹⁰⁴.

Assim sendo, importa reconhecer que o consentimento, compreendido como a manifestação objetiva dos consumidores no tocante à aquisição ou utilização de produtos e serviços ofertados pelos fornecedores, pode ou não estar fundado numa vontade esclarecida a respeito dos aspectos relevantes do produto ou serviço (utilidade, preço, validade, garantia, riscos à saúde etc.)¹⁰⁵. Com efeito, à *qualidade* da informação a que tiverem acesso os consumidores corresponderá um consentimento mais ou menos esclarecido no mercado de consumo¹⁰⁶.

Esses aspectos gerais da sociedade da informação não são, porém, suficientes para explicar essa característica da sociedade de consumo contemporânea (pós moderna). Assim, é importante observar que essa especial valorização da informação também está indissociavelmente vinculada às significativas transformações desencadeadas pela revolução *científica*¹⁰⁷ ou *informacional*¹⁰⁸, que se desenvolveu no contexto de uma “sociedade pós

¹⁰¹ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. **Traité de Droit de la Consommation**. Paris: Presses Universitaires de France. 1986, p. 377-378.

¹⁰² A propósito, o CDC, em seus arts. 18, 19 e 20, dispõe a respeito dos vícios *de informação* nos produtos e serviços.

¹⁰³ Segundo Marques “...se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 330).

¹⁰⁴ GUERSI, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁵ Sobre a distinção entre vontade e consentimento, sobretudo nas relações contratuais massificadas, v. FRISON-ROCHE. Marie-Anne. Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 3, juillet-septembre/1995, p. 573-578.

¹⁰⁶ Fala-se em *qualidade* (e não em quantidade) da informação como critério necessário à formação de um consentimento esclarecido. Nesse sentido, a observação de Ghersi: “Es cierto que la información evita la alienación del consumidor, pero hay una correlación inversa entre el grado de información como fenómeno superficial y la justificación del nivel de decisión, es decir, ‘mas’, no es ‘mejor’” (GUERSI, Carlos Alberto. Derecho e información. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais. Responsabilidade Civil – V. VIII**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 57).

¹⁰⁷ SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 19.

¹⁰⁸ LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 61, janeiro-março de 2007, p. 208.

industrial”, sobretudo nas duas últimas décadas do século XX¹⁰⁹. Essas transformações traduzem-se em dois aspectos fundamentais: a) na significativa valorização e no crescente desenvolvimento do conhecimento *técnico científico* e; b) na incorporação das tecnologias da informação (com destaque para a computação em geral e a *internet*) como bens massificados de informação e consumo.

Sobre o primeiro aspecto (valorização do conhecimento técnico científico), entenda-se, em especial, a produção de conhecimento voltada para as áreas tecnológicas. Nesse sentido, compreende-se que a revolução científica, sobretudo nas últimas duas décadas do século passado, representou um movimento de ascensão do conhecimento tecnológico, sobretudo daquele vinculado às tecnologias da informação. O geógrafo e professor Milton Santos, em um de seus últimos trabalhos, trouxe, a propósito, interessante reflexão:

O período atual tem como uma das bases esse casamento entre ciência e técnica, essa tecnociência, cujo uso é condicionado pelo mercado. Por conseguinte, trata-se de uma técnica e de uma ciência seletivas. Como, freqüentemente, a ciência passa a produzir aquilo que interessa ao mercado, e não à humanidade em geral, o progresso técnico e científico não é sempre um progresso moral¹¹⁰.

Quanto ao segundo aspecto (incorporação social das tecnologias da informação), cumpre notar que a sociedade de consumo contemporânea, além da massificação e do pluralismo cultural, é marcada ainda pela intensa influência de uma *cultura técnico científica* (ou *tecnológica*), que conduz os consumidores a buscarem, como necessidades cotidianas, a aquisição e utilização das mais variadas tecnologias da informação – sobretudo a *internet*¹¹¹ –

¹⁰⁹ Acredita-se que, em certa medida, se equivalem os contextos da sociedade de consumo contemporânea (pós moderna) e da sociedade pós industrial. Para Daniel Bell, sociólogo e professor da Universidade de Harvard: “Industrial society is the coordination of machines and men for production of goods. Post-industrial society is organized around knowledge, for the purpose of social control and the directing of innovation and change; and this in turn gives rise to new social relationships and new structures which have to be managed politically” (BELL, Daniel. **The Coming of Post-Industrial Society**. New York: Basic Books. 1999, p. 20). Como se observa, do ponto de vista econômico a sociedade pós industrial organiza-se menos em torno da produção física (bens materiais, produtos) e mais em torno da produção intelectual (o conhecimento) que supõe o domínio sobre bem imaterial chamado *informação*, configurando-se o sistema capitalista pós industrial no que Castells denominou “capitalismo informacional” (CASTELLS, Manuel. **The Information Age: Economy, Society and Culture – V. I (The Rise of the Network Society)**. 2. ed.. Wiley-Blackwell. 2011. passim).

¹¹⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record. 2001, p. 65. A propósito, é crescente o desenvolvimento, no mercado de consumo mundial, de produtos concebidos a partir da “tecnologia do futuro”, a *nanotecnologia*. Os riscos efetivos que a utilização desses produtos pode causar na saúde humana são, porém, ainda desconhecidos. Sobre o tema, v. FLORES, André Stringhi; DOSSENA JÚNIOR, Juliano; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e Código de Defesa do Consumidor: um olhar a partir do princípio da precaução. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 154-160.

¹¹¹ No âmbito das relações de consumo, um dos temas mais importantes é o da responsabilidade civil dos fornecedores em geral e dos provedores de *internet* em relação aos consumidores. Sobre o tema v., dentre outros: MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade da informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas**

a fim de utilizá-las como instrumentos de comunicação e entretenimento e ainda como meios de contratação com os fornecedores de produtos e serviços¹¹² (o chamado “comércio eletrônico”)¹¹³. Em outros termos, pode-se afirmar que na sociedade de consumo contemporânea, além da massificação dos tradicionais processos vinculados à produção/consumo, há também a *massificação da informação*, destinada a um contexto culturalmente pluralista e difundida, em crescente escala, pelas contemporâneas tecnologias da informação¹¹⁴.

Assim sendo, pode-se dizer que, na sociedade de consumo contemporânea – compreendida como sociedade da informação – o conhecimento técnico científico e as tecnologias da informação revelam-se os grandes vetores da ciência e da economia, estabelecendo novos padrões de mercado e de comunicação social. Nesse sentido, reconhece Lisboa que:

A era da informação não é apenas um *slogan*, mas um fato; a economia baseada no conhecimento é, realmente, uma nova economia, com novas regras, exigindo novas maneiras de fazer negócios. A economia do conhecimento ancora-se em três pilares: a) *o conhecimento impregna tudo o que compramos, vendemos e produzimos*; b) *os ativos do conhecimento, isto é, o capital intelectual, passaram a ser mais importantes para as empresas que os ativos financeiros e físicos*; c) *prosperar na nova economia e explorar esses novos ativos significa a maior utilização de novas técnicas de gestão, novas tecnologias e novas estratégias*¹¹⁵.

Essenciais. Responsabilidade Civil – V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 843-892 e; MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais – Responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 78, abril-junho de 2011, p. 191-221.

¹¹² Segundo Marques “A revolução da comunicação rápida e acesso abundante de informações pela rede mundial da Internet e dos novos meios – cada vez mais rápidos, capazes e móveis – de comunicação de massa e individuais (celulares, pagers, memórias etc.) teria apressado o aparecimento desta nova fase mais internacional, globalizada e visual da pós-modernidade” (MARQUES, Claudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e conjunto contratual. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 100, dezembro de 2005, p. 80).

¹¹³ Sobre o tema do comércio eletrônico: DE LUCCA, Newton. **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva. 2003; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004; MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004; na doutrina italiana, v. CASSANO, Giuseppe (a cura di). **Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore**. Milano: Giuffrè. 2003.

¹¹⁴ Nesse sentido, reconhece Lisboa que “A massificação da informação estabeleceu-se como a mola propulsora da economia e gerou transformações sociais igualmente profundas, cujas extensões últimas ainda não foram alcançadas, nem de fato cogitadas” (LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 61, janeiro-março de 2007, p. 211).

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 211. Guilherme Martins, por sua vez, dá notícia de que “Na Internet é que o fenômeno da concentração empresarial ganha impulso jamais visto ao longo da História, tendo sido celebrada, no início do ano de 2000, a fusão considerada a maior já ocorrida ao longo de todo o capitalismo, quando a *America On Line*, com apenas 15 anos de vida, absorveu o grupo *Time Warner*, formando o maior conglomerado de comunicação e entretenimento do mundo, movimentando a soma de 184 bilhões de dólares” (MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 43-44).

Em relação aos novos padrões de comunicação social na sociedade da informação – em especial, os estabelecidos pelas relações virtuais – observa Claudia Lima Marques, com fundamento em Erik Jayme, que “... as características de nosso tempo (pós-moderno) são a *ubiquidade*, a *velocidade* e a *liberdade*, todas elas encontráveis neste novo meio de comunicação e de comércio que é a Internet”¹¹⁶. Além disso, destaca-se ainda a própria noção de espaço virtual, compreendido, segundo Lorenzetti, como

...um espaço com todas as características da pós-modernidade, fraturado em múltiplos subterritórios caracterizados pela diferença: clubes, grupos, subgrupos, reunidos ao redor de todo tipo de interesses hiperespecializados, domínios, subdomínios, nacionais, educativos, comerciais etc¹¹⁷.

Em quarto e último lugar, a sociedade de consumo contemporânea é uma *sociedade globalizada*. Isso significa que as demais características dessa sociedade (massificação da produção/informação, pluralismo cultural e influência da cultura técnico científica e das tecnologias da informação) difundem-se em escala global¹¹⁸, a partir de um contexto de “mundialização das economias e do próprio consumo”¹¹⁹, isto é, daquilo que Habermas identificou como a “... intensificação dos fenômenos de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”¹²⁰.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 40.

¹¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 31-32. Lorenzetti reconhece as dificuldades de regulação jurídica do comércio eletrônico quanto à proteção dos consumidores em meio ao mercado global (*Ibidem*, p. 370-372).

¹¹⁸ Nesse sentido, afirmamos em outra oportunidade que: “...a civilização *pós-moderna* acontece também como civilização *globalizada*. Em outros termos, a *pós-modernidade* compreende o fenômeno da *globalização* em seus múltiplos aspectos” (AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 69, janeiro-março de 2009, p. 43-44). Sobre o tema, v. CHIAVENATO, Júlio José. **Ética globalizada & Sociedade de consumo**. 2. ed. São Paulo: Moderna. 2004, p. 12; SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 60-66.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, janeiro-março de 2002, p. 88.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi. 2001, p. 84. Também Beck, em ensaio a respeito do tema, percebe o fenômeno da globalização como “... a ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil” (BECK, Ulrich. **O que é a globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra. 1999, p. 46). Na doutrina brasileira, v., por todos: FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. Implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros. 1996, p. 10.

Nesse sentido:

A globalização apresenta-se, pois, como uma noção imprecisa, mas de relevo para o direito, especialmente para o direito do consumidor. Genericamente, se pode afirmar que é a designação dada ao *conjunto de transformações de ordem política, social e econômica verificadas nos últimos tempos em quase todos os estados democráticos de direito, tendentes à integração dos mercados, possibilitando maior circulação de riquezas*. É, enfim, a integração acelerada dos mercados nacionais (...) Nesse passo, é imperioso reconhecer como consectários desse fenômeno a hegemonia do capital financeiro, o crescimento das empresas transnacionais, a internacionalização da produção, a liberalização do comércio e o maior oferecimento de produtos e serviços, mudança nas práticas contratuais, com repercussões claras na sociedade organizada¹²¹.

A globalização caracteriza-se, portanto, pela presença hegemônica de um sistema econômico e cultural capitalista (entenda-se aqui, de um mercado de consumo global), que desafia a capacidade do “Estado Social de Direito”¹²² fazer valer seu poder jurídico político (sua soberania) a partir da imposição de limites à atuação desse mercado globalizado¹²³, sobretudo quando essa atuação se dirige aos consumidores em seu estado geral de vulnerabilidade.

A propósito, Irti, em profunda análise sobre o tema da relação entre Estado, Direito e Globalização, observa que a existência de um mercado planetário impõe uma escolha jurídico política fundamental:

...o gli affari scelgono il luogo del diritto o gli Stati fissano gli affari ai luoghi del diritto. O l'ordine giuridico del mercato o il mercato degli ordini giuridici. La soluzione dell'alternativa è tutta nella *volontà della politica*, che o accede alla lógica del mercato o si fa disciplinatrice di esso¹²⁴.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Op. cit.*, p. 89. Em interessante análise, reconhece a professora Vera Fradera que o fenômeno da globalização econômica, associado aos processos de integração regional dos mercados, impõem a necessidade de uma nova concepção de contrato, desvinculada da tradicional concepção contratual, submetida apenas aos critérios normativos das ordens jurídicas nacionais. Trata-se, pois, da concepção *metanacional* de contrato (FRADERA, Vara Maria Jacob. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 556-570).

¹²² Sobre a existência e as funções assumidas pelo Estado Social de Direito nas ordens jurídicas democráticas, v., por todos, VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 75-154.

¹²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil. V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 96. Sobre o tema, v. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record. 2001, p. 61-69.

¹²⁴ IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 5 (Anno XLVIII, settembre-ottobre/2002, p. 631.

Assim, cumpre observar que os desafios impostos pelo processo de globalização econômica e cultural¹²⁵ - sobretudo os que envolvem a proteção jurídica dos consumidores - revelam a necessidade de reforçar o papel interventor e regulador desse Estado Social de Direito¹²⁶, para que este possa fazer valer sua ordem jurídica (em especial, a ordem constitucional)¹²⁷ sobre os anseios de uma irrestrita (ou demasiadamente flexível) liberdade do mercado¹²⁸.

Nesse sentido, considera Lôbo:

A tensão entre globalização econômica e Estado social levou à contradição entre a demanda econômica do Estado mínimo, dominado pelo mercado, e a demanda social da função regulatória. Mas a substituição do Estado empreendedor pelo Estado regulador não altera, substancialmente, a natureza jurídica de Estado social, que se diferencia do Estado liberal, da etapa anterior, justamente por intervir nas relações privadas. Ou seja, enquanto houver ordem econômica constitucional, independentemente do grau de intervenção legislativa, judiciária e administrativa, nela fundado, haverá Estado social. O direito do consumidor, incluindo o direito à informação, insere-se nesse contexto de reforço do papel regulatório, pois suas regras tutelares configuram contrapartida à liberdade irrestrita de mercado, na exata medida do espaço de humanização dos sujeitos consumidores¹²⁹.

Por tudo isso, pode-se afirmar que, no contexto de uma sociedade de consumo contemporânea (pós moderna e globalizada), os sistemas jurídicos de proteção dos consumidores despontaram - e cada vez mais se reafirmam - como expressões de uma “política jurídica mundial de proteção aos fracos”¹³⁰. A defesa do consumidor revela-se

¹²⁵ Segundo Eliana Calmon “A globalização e os avanços tecnológicos diminuíram distâncias, aceleraram o tempo, dinamizaram a vida, mobilizando os capitais em tal velocidade que resultou na impossibilidade de acompanhamento pela nossa compreensão, disciplinada para um tempo e um espaço que se tornou inadequado” (CALMON, Eliana. As gerações de direitos e as novas tendências. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 39, julho-setembro de 2001, p. 47. Para o professor Milton Santos, a globalização econômica e cultural “...tem de ser encarada a partir de dois processos paralelos. De um lado, a produção de uma materialidade, ou seja, das condições materiais que nos cercam e que são a base da produção econômica, dos transportes e das comunicações. De outro há a produção de novas relações sociais entre países, classes e pessoas. A nova situação, conforme já acentuamos, vai se alicerçar em duas colunas centrais. Uma tem como base o dinheiro e a outra se funda na informação” (SANTOS, Milton. *Op. cit.*, p. 65).

¹²⁶ Sobre a possibilidade dos Estados Nacionais exercerem seu poder coercitivo no contexto do mercado global, v. IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 5 (Anno XLVIII, settembre-ottobre/2002, p. 630-631.

¹²⁷ Sobre o tema geral da intervenção do Estado na ordem econômica, v. MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha. 1978 e; GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, janeiro-março de 2002, p. 90-91.

¹²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil. V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 97.

¹³⁰ JOSSERRAND, Louis. A proteção aos fracos pelo direito. Trad. Francisco de Assis Andrade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 128, março de 1950, p. 363. A afirmação do jurista francês, na década de 50,

questão de flagrante interesse público social¹³¹ e de ordem pública econômica¹³², a exigir dos Estados uma adequada e efetiva intervenção nas atividades econômicas¹³³ – sejam estas prestadas pelo regime jurídico público ou privado¹³⁴ - a fim de realizar a correção de situações que caracterizem um desequilíbrio *excessivo* nas relações jurídicas de consumo¹³⁵. Nesse sentido é que se compreende os sistemas jurídicos de proteção aos consumidores (na presente pesquisa, os sistemas de um “Direito do Consumidor”) como *pressupostos normativos* das relações jurídicas de consumo.

1.1.2. Pressuposto normativo: o Direito do Consumidor

As primeiras manifestações sociais envolvendo os interesses dos consumidores, bem como o surgimento de determinadas experiências jurisprudenciais e legislativas sobre o tema são anteriores ao contexto histórico cultural da sociedade de consumo contemporânea, i. e., compreendem o período entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século

mantém-se mais do que nunca atual, quando se percebe, inclusive, a necessidade de uma efetiva coordenação das fontes jurídicas nacionais e supranacionais para a resolução de relações de consumo que ultrapassam as fronteiras nacionais, como as que envolvem, p. ex., as contratações pela *internet*, típicas da chamada “sociedade da informação”. A propósito, Claudia Lima Marques sustenta a necessidade de um “direito internacional privado para os negócios jurídicos do comércio eletrônico com consumidores” (MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 303-466). Por isso é que, em outra passagem, afirma a eminente jurista: “... o Direito do Consumidor pertence hoje aos temas juspolíticos mais importantes de nossos tempos: ao mesmo tempo um ramo de direito universal e nacional, com normas jurídicas que espelham os interesses e a conjuntura global e nacional” (*Idem*. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *Studium Generale* sobre o consumidor como *homo novus*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 85, janeiro-fevereiro de 2013, p. 31-32).

¹³¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 173.

¹³² *Idem*, p. 589. Ronaldo Porto Macedo Júnior, a propósito, considera “... o direito do consumidor como uma área do saber jurídico acerca da disciplina da ordem econômica e não apenas uma técnica para a introdução de ‘boas maneiras’ no ‘mercado’” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998, p. 261).

¹³³ Observa o professor e jurista alemão Norbert Reich: “... este direito [o Direito do Consumidor] foi criado para resolver problemas econômicos e sociais, que realmente existem. Não se trata de uma simples intrusão ineficiente do Estado e do Direito na economia” (REICH, Norbert. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor (Trad. Débora Gozzo). In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Organizadores). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor. V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 318-319. Sobre o tema, v. também STIGLITZ, Gabriel. La función del Estado para la protección del consumidor. In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 113-127.

¹³⁴ A propósito, tratamos, em outra oportunidade, dos serviços públicos como atividades econômicas prestadas no mercado de consumo e da necessidade de sua regulação estatal: AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do Consumidor e Regulação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 33-49

¹³⁵ O tema será analisado no Capítulo 2 (subitem 2.2).

XX¹³⁶. Tal realidade demonstra que a sociedade *moderna* de consumo, embora desconhecesse certas características, próprias do tempo pós moderno (expansão do pluralismo cultural, da cultura técnico científica e das tecnologias da informação em crescente e veloz escala global)¹³⁷, já se assumia como sociedade *massificada* de bens e serviços, cujos efeitos, nos países que passaram pela experiência da Revolução Industrial, revelavam a problemática do um sistema capitalista de matriz jurídica liberal¹³⁸, alheio às reais desigualdades sociais e econômicas entre fornecedores e seus consumidores finais.

Nesse sentido, importa considerar que, não obstante o fato de já existirem, na primeira metade do século XX, algumas experiências jurídicas a respeito da proteção aos consumidores¹³⁹, foi efetivamente na segunda metade desse século – e, portanto, no contexto de expansão das características gerais de uma sociedade de consumo contemporânea – que o “consumerismo”¹⁴⁰ se desenvolveu e ganhou corpo, sobretudo nos Estados Unidos¹⁴¹,

¹³⁶ Sobre o tema, v. NORONHA, Carlos Silveira. Revisitando a tutela do consumidor nos precedentes históricos e no Direito Pátrio. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 24, 2004, p. 62. Sobre o tema, v. SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2009, p. 27; e DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 58.

¹³⁷ IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 5 (Anno XLVIII), setembro-outubro/2002, p. 628-629.

¹³⁸ Trata-se do sistema capitalista ordenado juridicamente pela matriz liberal do Estado de Direito. Sobre o tema do Estado de Direito Liberal, v. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986, p. 299 et. seq.; MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha. 1978, p. 73 et. seq.; VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 15 et. seq.

¹³⁹ NORONHA, Carlos Silveira. Revisitando a tutela do consumidor nos precedentes históricos e no Direito Pátrio. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 24, 2004, p. 62.

¹⁴⁰ Sobre a expressão “consumerismo” – que, em linhas gerais, equivale à expressão “movimento consumerista” – importa a observação de Ronaldo Porto Macedo Júnior: “O termo consumerismo é ele mesmo polêmico. Num sentido mais amplo ele é utilizado para descrever todos os movimentos e esforços historicamente realizados no campo do direito, política, administração etc., em defesa de todas as questões de alguma forma abrangidas pelo direito do consumidor (...) Num sentido mais restrito que denomino ‘consumerismo econômico’, contudo, o consumerismo designa a preocupação em defender os interesses exclusivamente econômicos do consumidor, isto é, custo e benefício economicamente mensuráveis” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998, p. 262 - nota n. 396).

¹⁴¹ Entende-se que o marco histórico do movimento consumerista no contexto da sociedade de consumo contemporânea ocorreu nos Estados Unidos, na década de 60, destacando-se o conhecido pronunciamento do presidente John F. Kennedy ao Congresso Norte Americano¹⁴¹, cuja mensagem alertou, principalmente, para o fato de que a importância dos consumidores para a dinâmica do sistema econômico capitalista e para as principais decisões político econômicas ao redor do mundo contrastava, até o presente momento, com a ausência de políticas públicas necessárias para “dar voz” a esse importante grupo da sociedade contemporânea¹⁴¹. Já era tempo, portanto, de estabelecer políticas de proteção aos consumidores, baseadas em direitos legalmente reconhecidos, como o *direito à saúde, à segurança, à informação, direito de escolha e direito a serem ouvidos* nas questões políticas e econômicas que afetassem seus interesses. A experiência do consumerismo norte americano – levada a efeito, sobretudo, pela efetividade dos programas de proteção aos consumidores propostos por Kennedy – serviu de modelo para importantes decisões jurídico políticas no âmbito internacional, com destaque para a Declaração de direitos dos consumidores realizada em Genebra (1973), por ocasião da 29ª sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, para a Resolução n. 543, *Carta de Proteção*, da Assembléia Consultiva dos Conselhos da Europa que, no mesmo ano, elaborou a Carta de Proteção ao Consumidor, para a Resolução do Conselho da Comunidade Européia, de 1975 - que teve, como base, a Carta de Proteção ao

expandindo-se para os países da Europa Ocidental¹⁴² e influenciando, a partir da década de 60, o surgimento do movimento consumerista em países economicamente emergentes como o Brasil¹⁴³.

Nesse sentido, importa observar que a influência do consumerismo na segunda metade do século XX, sobretudo em relação aos países de tradição jurídica *romano germânica*, resultou na produção de, pelo menos, quatro experiências legislativas fundamentais sobre proteção jurídica dos consumidores¹⁴⁴, sendo duas delas representativas de um “Direito *do Consumo*” (as experiências francesa e italiana) e as outras duas, de um “Direito *do Consumidor*” (as experiências alemã e brasileira)¹⁴⁵. Contudo, considerando que a análise do

Consumidor de 1973 e adotou, como direitos básicos do consumidor, a mesma relação proposta no pronunciamento do Presidente Kennedy, em 1962 – e para a Resolução n. 39/248 da Assembléia Geral da ONU). Além disso, inspirou políticas públicas de proteção aos consumidores no âmbito interno de países vinculados à tradição jurídica anglo saxã (*common law*) e à tradição romano germânica (*civil law*). Sobre o tema v. KENNEDY, John F. Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest (March 15, 1962). In: Woolley, John T.; PETERS, Gerhard. **The American Presidency Project**. Santa Bárbara (Califórnia). Disponível em <<http://www.presidency.ucsb.edu>>. Acesso em 20 ago. 2011. Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 30; SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2009, p. 22; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05; DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 58; AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. História e fundamentos do direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 648, outubro de 1989, p. 32.

¹⁴² Sobre o tema: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina. 1982, p. 31-35.

¹⁴³ Sobre o surgimento do consumerismo (ou movimento consumerista) no Brasil e sobre a legislação de proteção dos consumidores anterior à Constituição Federal de 1988 e ao Código de Defesa do Consumidor v., por todos: SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 84-147; e RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad. 1998.

¹⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 56-80. Afirma, pois, a eminente jurista: “Todas estas linhas têm como convergência o fato de procurarem dar respostas efetivas para o desafio da imposição, em nossas sociedades pós-modernas (sejam em países industrializados ou em países emergentes, como o Brasil), de uma nova coexistência de leis especiais e gerais, que regulam o mercado de consumo em massa” (*Ibidem*, p. 60).

¹⁴⁵ Segundo Efig “...a expressão em português direito do consumo corresponde ao normalmente empregado no direito francês e nas obras belgas e canadenses redigidas em francês como *droit de la consommation*, e pode ainda ser encontrada em obras espanholas (*derecho de consumo*) e italianas (*diritto del consumo*) (...) Embora seja possível afirmar, inicialmente, que tanto o direito do consumidor quanto o direito do consumo se debruçam sobre o complexo de normas jurídicas de proteção aos consumidores, divergem em relação à extensão desta proteção: se, de maneira mais restrita, tenha-se por objeto somente as normas que diretamente digam respeito aos consumidores, ou se, de maneira mais ampla, abarcam-se as normas de proteção de ‘outras pessoas que estão à mercê da organização econômica da sociedade’, regulando também o mercado de consumo” (EFING, Antônio Carlos. Direito do consumo e direito do consumidor: reflexões oportunas. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba, v. 1, março de 2011, p. 107). Em outros termos, significa que “Derecho del consumo pone en primer plano la tutela del *mercado de consumo*, mientras que derecho del consumidor realiza la protección de la *persona* del consumidor” (BENJAMIN, Antonio Herman V. El derecho del consumidor (Trad. Instituto Nacional del Consumo – España). In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 90).

movimento consumerista e dos sistemas jurídicos de proteção aos consumidores transcende os limites desta pesquisa, impõe-se o necessário recorte na análise do tema, privilegiando as experiências da tradição romano-germânica representativas de um Direito *do Consumidor*, com destaque para a experiência jurídica brasileira¹⁴⁶.

A experiência de um Direito *do Consumidor* na Alemanha ocorreu sem uma sistematização da matéria em lei especial. Ao contrário, a opção alemã foi no sentido de reunir no Código Civil (BGB/1896), por ocasião das reformas da Parte Geral e do Livro referente ao Direito das Obrigações ocorridas entre 2000 e 2002, toda a legislação especial existente em matéria de proteção aos consumidores¹⁴⁷.

Nesse sentido, destaca Marques a originalidade do modelo alemão, de incluir as definições de consumidor (*Verbraucher*) e empresário/fornecedor (*Unternehmer*) na Parte Geral do BGB-Reformado (§13 e 14, respectivamente)¹⁴⁸, demonstrando a clara intenção de incorporar integralmente o tema da proteção aos consumidores no âmbito do Direito Civil¹⁴⁹. Quanto ao Direito das Obrigações, ressalta que houve a inclusão de “... normas especiais e mesmo cláusulas gerais especiais para a proteção dos consumidores”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ As experiências jurídicas representativas de um Direito *do Consumo* (a experiência francesa e a italiana) manifestam-se na sistematização da matéria através de codificações específicas (o “Code de la Consommation” na França; o “Codice del Consumo” na Itália). Sobre o tema v., por todos: CALAIS-AULOY, Jean. **Propositions pour un code de la consommation** (rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre). [S.I.:s.n.]. Avril/1990, p. 09-25; PIZZIO, Jean-Pierre. **Code de la Consommation** (Commenté par J. P. Pizzio). Paris: Montchrestien. 1995, p. 01-03; MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 59-64 e; MARIGUETTO, Andrea. Proposta de leitura comparativa e sistemática do Código de Consumo Italiano. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 80, outubro-dezembro de 2011, p. 13-47.

¹⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 65-68. Sobre o tema, v. ainda NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 137-175.

¹⁴⁸ Sobre o tema, destaca Nordmeier a influência das Diretivas Européias no processo de reforma do BGB, em especial a Diretiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, responsável pela inclusão das definições de consumidor (*Verbraucher*) e empresário/fornecedor (*Unternehmer*) no texto do Código Civil Alemão (NORDMEIER, Carl Friedrich. *Op. cit.*, p. 138).

¹⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 67. Segundo a autora “No Direito das Obrigações, os §§305 a 310 receberam o conteúdo da famosa AGBG de 1976 (...) Outro bom exemplo são as pequenas cláusulas gerais para beneficiar os consumidores, como o famoso §9 da AGBGesetz que transformou o §307 do BGB-Reformado, com o título “Controle de conteúdo” dos contratos de adesão ou com condições gerais contratuais, que continua a aplicar – de forma mais forte – a boa-fé nestas relações, sem prejuízo da manutenção do §242 como sempre foi!” (*Ibidem*, p. 66-67). Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. ainda NORDMEIER, Carl Friedrich. *Op. cit.*, p. 171 *et seq.* Por fim, cumpre observar que a positivação da cláusula fundamental de correção do abuso na relação jurídica de consumo – a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V *c/c* art. 51, IV e §1º) – foi inspirada

Em resumo, conclui a eminente jurista:

Trata-se de uma opção original em Direito Comparado, uma modificação da parte geral como forma de sistematizar a proteção do consumidor, consolidando as regras especiais para as relações de consumo dentro de seu Código Civil de 1896, como expressão de um renovado Direito Civil social e de proteção dos mais fracos (...) absorvendo, assim, no seio da codificação do Direito Civil, o seu filho mais novo, o direito do consumidor. Assim, as relações de consumo são hoje Direito Civil geral na Alemanha”¹⁵¹.

Do exposto, percebe-se que a experiência jurídica alemã, embora tenha muita proximidade com a experiência brasileira pela opção jurídico-política de um Direito *do Consumidor*¹⁵², coloca a proteção jurídica dos consumidores como tema especial do Direito Civil, o que revela, também neste aspecto, uma importante distinção em relação ao Direito do Consumidor no Brasil, cuja análise será feita a seguir.

1.1.2.1. O Direito do Consumidor no Brasil: origem e autonomia

A análise da experiência jurídica brasileira de proteção dos consumidores, seguindo a linha de raciocínio de Herman Benjamin, deve ser, sobretudo, uma análise a respeito da existência, no Brasil, de um *Direito do Consumidor* (e não apenas de *direitos do consumidor*).

De fato, ensina o eminente jurista que

El derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios e instrumentos de implantación en favor del consumidor. Los derechos del consumidor, al contrario, son modernamente la proyección *individual* del derecho del consumidor. Es la cara más visible del derecho del consumidor, pero no es la

diretamente nessa experiência jurídica alemã (§9 da AGBesetz; atualmente §307 do BGB). O tema será analisado na Parte II, no capítulo de encerramento deste trabalho (Capítulo 4)

¹⁵¹ MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 67-68. Complementando a conclusão da eminente jurista, observa Nordmeier: “Influências do direito comunitário e internacional encontram-se agora no cerne do Código Civil alemão, reforçando, novamente, a proteção a contratantes que estão numa posição mais fraca, como os consumidores. Com tudo isso, o novo BGB/2002 encara a realidade pós-moderna e traz novas soluções para as questões jurídicas da atualidade” (NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 175).

¹⁵² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 374-375. Importa destacar que a experiência alemã é a que mais se aproxima da brasileira, notadamente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e seus princípios harmonizados com os do CDC. Nesse sentido, observa Marques: “O sistema geral e social alemão atual não difere em muito do sistema brasileiro, após a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, que traz esta visão social e de controle para todos os contratos, mas que deixa ao CDC a tarefa de proteger de forma especial o consumidor” (*Ibidem*, p. 316-317).

única, como veremos. *Derechos* transmite la idea de fragmentación desordenada. En cambio, *derecho del consumidor* simboliza una organicidad sistemática. Los derechos del consumidor dimanar del derecho del consumidor (...) Hablar, pura y simplemente, de los derechos de los consumidores, es permanecer en el estadio anterior a la aparición del derecho del consumidor¹⁵³.

No Brasil, a existência de *direitos* do consumidor é, portanto, anterior à existência do *Direito do Consumidor*¹⁵⁴. Com efeito, foi apenas no contexto de uma sociedade de consumo contemporânea, sobretudo nas três últimas décadas do século XX, que ganhou corpo no país a consciência jurídica a respeito da necessidade de um sistema jurídico de proteção aos consumidores¹⁵⁵.

A propósito, observa Cavalieri Filho que

... na década de 80 já havia se formado no Brasil forte conscientização jurídica quanto à necessidade de uma lei específica de defesa do consumidor, uma vez que o Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, não mais conseguiam lidar com situações tipicamente de massa. Essa conscientização foi levada para a Assembléia Nacional Constituinte, que acabou por optar por uma codificação das normas de consumo¹⁵⁶.

Assim, a experiência jurídica brasileira de proteção aos consumidores, em comparação com as experiências anteriormente apresentadas, revela uma particularidade essencial, associada ao contemporâneo movimento de *constitucionalização das relações jurídico privadas*¹⁵⁷. Trata-se, pois, da *origem constitucional* do Direito do Consumidor¹⁵⁸. Bruno

¹⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman V. El derecho del consumidor (Trad. Instituto Nacional del Consumo – España). In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 95.

¹⁵⁴ Sobre a história da legislação brasileira de *direitos* para os consumidores v., por todos, SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 84-130.

¹⁵⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 98-102.

¹⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 10. Para Herman Benjamin “... as conquistas dos consumidores, hoje estampadas no texto da Constituição de 1988 e no próprio CDC, decorrem muito menos do trabalho de um *lobby forte*, permanente e efetivo por parte de suas organizações (ao contrário do que ocorreu com a questão ambiental) do que de uma percepção quase que espontânea dos legisladores da problemática insustentável do mercado de consumo brasileiro e de uma certa vontade de introduzir no sistema jurídico tudo aquilo que o regime anterior negava” (BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 100).

¹⁵⁷ Sobre o tema v., por todos: IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. Milano: Giuffrè. 1979, p. 33; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 280-281.

¹⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 595-599.

Miragem, em profunda análise, exprime a importância da opção jurídico política do constituinte brasileiro de 1988:

A incorporação pela Constituição de relações jurídicas antes determinadas pelo direito civil faz com que os direitos de titularidade dos sujeitos dessas relações jurídico-privadas também comportem uma alteração qualitativa de *status*, passando a configurar direitos subjetivos de matriz constitucional. E essa alteração, antes de significar mero artifício dogmático, tem conseqüências concretas na tutela dos respectivos direitos. No *mínimo*, estabelecendo-os como *preferenciais* em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No *máximo*, determinando providências concretas para sua realização¹⁵⁹.

Por oportuno, cabe destacar que a proteção constitucional do *status* de consumidor¹⁶⁰, fixada entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana¹⁶¹, guarda, ao menos, duas importantes “conseqüências concretas” em relação a tutela dos direitos dessa categoria social. A primeira, de ordem formal, diz respeito à limitação constitucional ao poder reformador (CF, art. 60, §4º, IV)¹⁶², o que equivale a dizer que o mandamento constitucional de proteção aos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) é dispositivo de natureza imutável pela via do processo legislativo, sobretudo o tendente à reforma constitucional (processo de Emenda à Constituição)¹⁶³.

¹⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – Conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro de 2002, p. 116.

¹⁶⁰ Sobre o conceito de *status*, anteriormente referido, v. DOSI, Laurence Klesta. DOSI, Laurence Klesta. *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 6 (Anno XLIII), novembre-dicembre/1997, p. 667 e; RESCIGNO, Pietro. *Situazione e status nell'esperienza del diritto*. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, Parte I (Anno XIX). 1973, p. 211.

¹⁶¹ No expreso reconhecimento constitucional do *status* de consumidor percebe-se a importância do conceito de *status* para construção de uma teoria dos direitos fundamentais, compreendidos como direitos subjetivos públicos, isto é, direitos relacionados à pessoa do Estado. Assim, o jurista alemão Georg Jellinek, considerado um pioneiro na análise do tema, conceitua *status* como “una condizione giuridica spettante ad un uomo determinato ou ad una determinita classe di persone” (JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria. 1912, p. 94 *Apud* GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria do *status* de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições fundamentais jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito (FMP-RS)**. Porto Alegre, n. 1, 2007, p. 52). Sobre o tema, v. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 247-266.

¹⁶² DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 61.

¹⁶³ Sobre o tema, v. OLIVEIRA, José Ernesto Furtado de. *Reformatio in pejus* do Código de Defesa do Consumidor: impossibilidade em face das garantias de proteção. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 130-148. Contudo, não obstante a garantia constitucional de *proibição do retrocesso* quanto à modificação, interpretação e aplicação das normas de proteção jurídica dos consumidores, o fato é lamentáveis expedientes da jurisprudência brasileira têm violado aquela garantia fundamental, em claro desacordo com o mandamento constitucional de proteção aos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) e com a própria legislação infraconstitucional (CC, art. 168, parágrafo único). Nesse sentido, tem-se a Súmula n. 381 do STJ, que veda ao juiz conhecer de ofício a nulidade de cláusulas abusivas em contratos bancários. Sobre o tema, v. MIRAGEM, Bruno. Nulidades de cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 72, outubro-dezembro de 2009, p. 41-77.

A segunda consequência, de ordem material, diz respeito ao grau de vinculação que a norma constitucional traz, não apenas para o Estado – pois atribui aos consumidores um direito subjetivo público de natureza prestacional (direito à prestação positiva do Estado)¹⁶⁴ – como também para os particulares, isto é, aos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo¹⁶⁵. Nesse aspecto, cabe ressaltar que o mandamento constitucional de proteção aos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) era, à época da promulgação da Constituição, norma de *eficácia limitada*, visto que condicionada à criação de lei necessária para promover, com plenitude, seu conteúdo eficaz¹⁶⁶. Por essa razão, o constituinte brasileiro determinou (ADCT, art. 48), para a promoção da plena eficácia do art. 5º, XXXII, CF, a edição de um *Código*¹⁶⁷, demonstrando a clara intenção de conceber um *microsistema jurídico*¹⁶⁸ de defesa do consumidor, estruturado a partir de princípios (fundamentos) e teleologia próprios¹⁶⁹.

Assim sendo, é interessante observar que a opção do constituinte brasileiro por um *Código* (ADCT, art. 48) em meio a um contexto de “descodificação” do direito privado¹⁷⁰,

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 256-260). Na lição de Marques “É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo” (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 31).

¹⁶⁵ A questão é, portanto, relativa ao tema da vinculação dos direitos fundamentais à atuação estatal e aos particulares, nas suas relações jurídico privadas. Sobre o tema, na doutrina alemã, v. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina. 2006, p. 34; na doutrina brasileira, v. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998 e; DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 87-136.

¹⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. O direito... cit., p. 125. No mesmo sentido, v. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 163.

¹⁶⁷ Sobre o processo de elaboração do Código de Defesa do Consumidor, v., por todos, BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 102-109.

¹⁶⁸ Sobre o surgimento e a finalidade dos *microsistemas jurídicos*, v. IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. Milano: Giuffrè. 1979, p. 22 et. seq.; na doutrina brasileira, v. LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 46-52. A propósito, tivemos a oportunidade de, em outra oportunidade, nos manifestar sobre o tema: AZEVEDO, Fernando Costa de. **Lições de Teoria Geral do Direito Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 50-53.

¹⁶⁹ Nesse sentido, a observação de Miragem “O significado de Código para a doutrina jurídica guarda em si, desde o seu advento, uma idéia de sistematização a partir de princípios e cláusulas gerais, com uma função de organização do ordenamento jurídico” (MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – Conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro de 2002, p. 125).

¹⁷⁰ Segundo Marques “A opção brasileira foi de elaborar, na ‘idade da descodificação’, um novo Código” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 591). Sobre o tema, v. IRTI, Natalino. *Op. cit.*, p. 33 et seq; ANTUNES VARELA, João de Matos. O movimento de descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 499-531 e; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera J. Fradera. São Paulo: Revista dos

parece apontar para uma tendência contrária, de reafirmação da importância das codificações para a sistematicidade do direito privado, desde que não sejam mais o centro (formal e axiológico) desse direito, mas as normas constitucionais¹⁷¹. Com efeito, veja-se que o CDC foi editado com força de lei complementar à Constituição Federal de 1988, i. e., seu conteúdo destina-se, sistemática e axiologicamente, a *concretizar* o mandamento constitucional de proteção aos consumidores (CF, art. 5º, XXXII)¹⁷², além de outras normas (princípios) constitucionais que serão a seguir analisadas¹⁷³. Nesse sentido, é oportuna a lição de Lorenzetti, segundo a qual

A incorporação da figura do consumidor no âmbito constitucional lhe confere uma posição central no sistema, permitindo a derivação direta de direitos por meio de normas constitucionais consideradas auto-aplicáveis¹⁷⁴.

É inegável, portanto, que Código de Defesa do Consumidor representa um modelo de codificação absolutamente distinto dos tradicionais modelos de códigos privados, concebidos como eixos hermenêuticos do direito privado no contexto da modernidade jurídica¹⁷⁵. Trata-se, assim, de “...uma concepção de código para a pós-modernidade”¹⁷⁶, isto é, de uma lei em sintonia com o contexto de uma sociedade de consumo contemporânea – como visto, uma sociedade massificada, culturalmente pluralista, influenciada pelo conhecimento técnico

Tribunais. 1998, p. 45. Na doutrina brasileira v. o interessante trabalho de ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 72-87.

¹⁷¹ Essa tendência contrária ao contexto de descodificação do direito privado pode ser chamada de “recodificação”. O tema será retomado na Parte II (Capítulo 3).

¹⁷² Como ensina Canaris “as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas *simultaneamente*: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais da outra” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina. 2006, p. 34).

¹⁷³ Na sequência deste Capítulo (subitem 1.2.2.2).

¹⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 384.

¹⁷⁵ Albuquerque, fundamentado em Judith Martins-Costa, ensina que o código tradicional seria “... o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada” (ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith H. (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 84). Sobre o tema, v. o prefácio de Antônio Menezes Cordeiro em: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996, p. XX-XXIV). Com efeito, podem ser citados como exemplos de codificações típicas da modernidade jurídica os Códigos Civis Francês (1804) e o Brasileiro de 1916, concebidos à luz das concepções ideológicas do liberalismo e do positivismo jurídico clássicos (séculos XVIII e XIX). Sobre o tema, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos nos Códigos Civis Francês e Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 28, janeiro-março de 2005, p. 05-14.

¹⁷⁶ ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti. *Op. cit.*, p. 81. No mesmo sentido v. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 116.

científico e pelas tecnologias da informação, cultural e economicamente globalizada¹⁷⁷ – de “... um código flexível, informado pelas diretrizes constitucionais, capaz de dar fluidez necessária aos regramentos da Lei Fundamental”¹⁷⁸.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, justamente porque tem, como finalidade primeira, a concretização da norma constitucional consagradora do direito fundamental de proteção aos consumidores (CF, arts. 5º, XXXII), assume sua centralidade em relação à legislação infraconstitucional que, direta ou indiretamente, estabeleça regulação jurídica acerca dos direitos e interesses dos consumidores¹⁷⁹. É de se destacar, portanto, que o CDC, sendo efetivamente uma *lei de função social*¹⁸⁰, tem prevalência sobre as regras jurídicas da legislação especial e do próprio sistema geral do Código Civil, sobretudo quando estas conflitam com os princípios (fundamentos) jurídicos do Direito do Consumidor¹⁸¹¹⁸².

¹⁷⁷ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.1).

¹⁷⁸ ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. *Op. cit.*, p. 84. Com efeito, a expressão “código flexível” indica que o CDC representa modelo legislativo típico de um “sistema jurídico aberto”. Herman Benjamin, a propósito, chama atenção para o fato de que o Direito do Consumidor no Brasil é um *sistema flexível*, isto é, “... assume características de verdadeiro *marco maleable*, em vez de pura *regulación* del mercado (...) engloba al mismo tiempo tipos rígidos, *cláusulas generales* (...) instrumentos de educación y de prevención de las desviaciones del mercado...” (BENJAMIN, Antonio Herman V. *El derecho del consumidor* (Trad. Instituto Nacional del Consumo – España). In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 94). O tema será tratado na Segunda Parte da Tese.

¹⁷⁹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 66.

¹⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 589-591.

¹⁸¹ Nesse sentido, esclarece Aguiar Júnior que há uma relativa harmonia (convergência) entre os princípios jurídicos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, o que não exclui a possibilidade de conflitos entre princípios do CDC e regras jurídicas do Código Civil, ou ainda entre regras jurídicas de ambas as codificações (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 56-58). A posição do eminente jurista encontra respaldo do Enunciado n. 167, da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil**. Brasília: CJF. 2007, p. 46).

¹⁸² Para Marques, porém, grande parte dos conflitos normativos entre essas leis é apenas aparente e pode ser solucionado a partir do método que a jurista, com base na obra do professor Erik Jayme, denomina *Diálogo das Fontes*, isto é, a aplicação sistemática, coerente e coordenada de suas normas, norteada, sobretudo, pelas normas e valores constitucionais. Sobre o tema. v. MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 11-82; da mesma autora: O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 17-66; sobre o tema, v. ainda: MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 67-110; MARIGUETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistemático-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* do Direito. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 111-124; e DUQUE, Marcelo Schenk. O

Assim sendo, e ao contrário do que ocorreu, p. ex., na experiência jurídica alemã, a experiência brasileira de proteção aos consumidores revela a existência de um Direito do Consumidor com elevado grau de *autonomia* em relação aos outros campos da ordem jurídica infraconstitucional, sobretudo o Direito Obrigacional Civil¹⁸³.

Herman Benjamin, em defesa da autonomia do Direito do Consumidor, entende que:

...no hay que dudar de la *necesidad* de que el derecho del consumidor gane autonomía, aunque no se cuestionen sus conexiones con otros campos del derecho (...) Al defenderse la autonomía del derecho del consumidor no se pretende aislarlo de las otras ramas jurídicas: antes al contrario, simplemente resaltar que su estructura gira em torno a un núcleo *particular* – uniforme y coherente – que le da un *régimen especial*, con principios, institutos, conceptos, instrumentos y métodos de interpretación propios¹⁸⁴.

Nesse sentido, ressalta o eminente jurista:

La *autonomía* no es un concepto hostil, envidioso y exclusivista. De la propia unidad fundamental del derecho resultan vínculos entre sus campos más distanciados (...) La autonomía del derecho del consumidor (...) no es, por tanto, absoluta, y está enmarcada por la multidisciplinaridad que informa todo el nuevo sistema (...) en el caso brasileño, el derecho del consumidor presenta todos los presupuestos de autonomía: la amplitud de la materia, a punto de merecer un estudio particularizado; la especialidad de principios, conceptos, teorías e instrumentos (el concepto de consumidor y proveedor, la convención colectiva de consumo, la contrapropaganda, los crímenes de consumo, la irrenunciabilidad de muchos de los beneficios, la interpretación *in dubio pro* consumidor, la creación de juzgados, tribunales de justicia y delegaciones especializadas), un *método propio*, esto es, el empleo de procesos especiales de interpretación de su formulación y problemática. En Brasil, la codificación ha dado un contorno más nítido al derecho del consumidor, fortaleciendo su autonomía¹⁸⁵.

transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 125-160.

¹⁸³ É de se ressaltar, nesse sentido, que também nas experiências jurídicas de um *Direito do Consumo* – centrado, diretamente, na regulação do mercado de consumo e, indiretamente, na proteção do sujeito vulnerável desse mercado (o consumidor) – se discute a respeito da autonomia e influência desse ramo jurídico em relação ao Direito Obrigacional Civil. Sobre o tema, na doutrina jurídica francesa, v. SAUPHANOR, Nathalie. **L'influence du droit de la consommation sur le système juridique**. Paris: LGDJ. 2000, p. 41 *et seq.*; CALAIS-AULOY, Jean. L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**. Paris, n. 51 (1), janvier-mars/1998, p. 115-119 e; MAZEAUD, Denis. L'attraction du droit de la consommation. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**. Paris, n. 51 (1), janvier-mars/1998, p. 95-114

¹⁸⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. El derecho del consumidor (Trad. Instituto Nacional del Consumo – España). In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 100.

¹⁸⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. El derecho del consumidor (Trad. Instituto Nacional del Consumo – España). In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 100 e 102. No mesmo sentido, v. EFING, Antônio Carlos. Direito do consumo e direito do consumidor: reflexões oportunas. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba, v. 1, março de 2011, p. 109-110.

Com efeito – e não obstante a pluralidade das propostas classificatórias na doutrina brasileira¹⁸⁶ – não se pode negar o considerável grau de autonomia do Direito do Consumidor no Brasil, pois se trata um ramo jurídico construído a partir de uma lei sistematizadora própria (um “Código”) com natureza “principlológica”¹⁸⁷, i. e., uma lei que, a partir de sua origem constitucional (CF, art. 5º, XXXII), se reconhece como “um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988”¹⁸⁸. Vale dizer que a correção das situações de desequilíbrio excessivo da relação de consumo pela efetividade das normas jurídicas (casuísticas ou abertas)¹⁸⁹ do CDC – com destaque para o desequilíbrio por exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores¹⁹⁰ – torna eficaz o direito fundamental de proteção aos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) e demais princípios jurídicos que, implícita ou expressamente positivados na CF/88, constituem-se verdadeiros *fundamentos* do Direito do Consumidor, razão pela qual se passa a analisá-los na sequência.

1.1.2.2. Princípios fundamentais do Direito do Consumidor

O Direito do Consumidor, como visto, é ramo jurídico de considerável grau de autonomia no Direito Privado Brasileiro. Como disciplina jurídica autônoma, rege um campo especial de relações sociais (as relações jurídicas de consumo), fundamentando-se, como já destacado, na existência de certos *princípios constitucionais*¹⁹¹. Hodiernamente, sabe-se que a função dos princípios no sistema jurídico não se restringe a sua tradicional função supletiva (LINDB, art. 4º)¹⁹², pois se reconhece também sua natureza *normativa*¹⁹³ e, por conta disso,

¹⁸⁶ Sobre o tema, v. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 46.

¹⁸⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 65-67.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹⁸⁹ A distinção entre normas casuísticas e abertas será apresentada na Parte II (Capítulo 3). Como normas abertas destacam-se as cláusulas gerais e, dentre estas, a cláusula geral de *proibição de vantagem excessiva* no CDC (Parte II, Capítulo 4).

¹⁹⁰ O tema será abordado no Capítulo 2 (subitem 2.2.2.3).

¹⁹¹ Por óbvio, não se pode descuidar da existência de *princípios infraconstitucionais* de proteção dos consumidores, previstos no próprio CDC, dentre os quais o próprio princípio da vulnerabilidade (CDC, art. 4º, I). Contudo, compreende-se que também esses princípios são momentos de concretização dos princípios fundamentais (constitucionais) do Direito do Consumidor.

¹⁹² A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (denominação atual da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei 4.657/42), dispõe, em seu art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais do direito* (grifou-se). Com efeito, o papel dos princípios jurídicos, no tempo histórico cultural da modernidade jurídica, era o de suprir, na qualidade de *princípios gerais do direito* (enunciados ou valores extraídos do sistema geral de direito positivo ou mesmo, para alguns, de direito natural), eventuais lacunas do texto legal. Encontravam-se, portanto, despidos da necessária *força normativa* que atualmente os caracteriza. Sobre o tema dos princípios gerais do direito, na doutrina brasileira, v. LIMONGI FRANÇA, R. *Princípios Gerais do Direito*. 2. ed. Revista dos Tribunais. 1971.

sua eficácia imediata nos sistemas jurídicos constitucionais e infraconstitucionais, quer em sua função *hermenêutica* (normas para a interpretação de outras normas), quer em sua função *imperativa* (normas vinculantes das condutas dos sujeitos nas relações jurídicas públicas ou privadas).

Os princípios não são valores – embora estes sejam elementos necessários à interpretação e aplicação dos princípios¹⁹⁴ – mas *normas jurídicas*, distintas da outra categoria de normas, as regras¹⁹⁵. Os critérios distintivos entre princípios e regras, por serem muito numerosos¹⁹⁶, transcendem os objetivos deste trabalho¹⁹⁷. Em apertada síntese, cumpre destacar, com fundamento em Alexy¹⁹⁸, dois importantes aspectos dessa temática: a) distinção entre regras e princípios não deve ser vista, como tradicionalmente se coloca, apenas como uma distinção estrutural (relativa ao grau de generalidade da norma), mas sobretudo, como uma distinção material (qualitativa), isto é, relativa ao modo como se realizam os atos de interpretação e aplicação dessas normas aos casos concretos¹⁹⁹; b) por ser qualitativa a

¹⁹³ Sobre o tema, v. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights seriously**. Cambridge: Harvard Univ. Press. 1977; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993). Ávila, a propósito, traz uma síntese das contribuições de outros juristas, como Josef Esser, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 35-36).

¹⁹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996, p. 87; ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 138 *et. seq.*; na doutrina brasileira, v. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 112-113.

¹⁹⁵ Sobre o tema, v. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 83.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 83.

¹⁹⁷ Segundo Nery Júnior “Em virtude de estudos recentes de filosofia do direito, de teoria geral do direito e de direito constitucional, acirrou-se a discussão a respeito dos conceitos e conteúdos de norma, princípio, regra e direito (...) Todas as construções têm elementos positivos e elementos negativos, vantagens e desvantagens, que podem adaptar-se ao direito positivo interno de um Estado ou não” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 21). A propósito, Humberto Ávila sustenta a distinção entre regras, princípios (normas de primeiro grau) e *postulados* (normas de segundo grau) (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 122). No presente trabalho, não obstante o reconhecimento à autoridade do eminente jurista brasileiro, não será adotada essa distinção e a denominação *princípio* será empregada mesmo para normas caracterizadas, pelo autor, como postulados (*e. g.*, a igualdade e a proporcionalidade).

¹⁹⁸ A referência ao notável jurista alemão neste trabalho não é aleatória, mas se deve, sobretudo, a grande receptividade e influência de sua obra no Direito Brasileiro, notadamente da sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Convém destacar, porém, que essa receptividade e influência não significam a adesão aboluta da obra de Alexy pelos juristas brasileiros. A propósito, observa Nery Júnior: “Não adotamos a teoria de Alexy porque ela se desenvolve no *campo semântico*, já que permite a existência de normas em abstrato antes do caso concreto, na medida em que trata a *norma* como gênero do qual seriam espécies as regras e os princípios” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 35).

¹⁹⁹ Em outros termos, pode-se dizer que “...los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa

distinção entre princípios e regras é também qualitativa a distinção entre o modo como se solucionam os conflitos entre princípios e o modo como se solucionam os conflitos de regras²⁰⁰.

O Direito do Consumidor, fundado em seus princípios jurídicos, coexiste com outras regulações jurídicas de interesses e bens (individuais e coletivos) que podem, não raras vezes, colidir com os interesses e bens (individuais e coletivos) dos consumidores. Nesse sentido é que se deve interpretar o primeiro princípio fundamental do Direito do Consumidor, que concebe a *defesa do consumidor* como fundamento (impositivo e conformador)²⁰¹ da ordem econômica brasileira (CF, art. 170, V)²⁰². Com efeito, a defesa do consumidor “divide espaço” com outros princípios constitucionais dessa natureza, havendo, portanto, a necessidade de harmonização desses princípios²⁰³ ou, em caso de eventual conflito entre a defesa do

que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 86-87). Como observa Barroso “Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXXI, 2005, p. 244-245).

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 87-95. Sustenta o notável jurista que no primeiro caso (conflito de regras) a existência de regras incompatíveis (as antinomias jurídicas) é solucionada com a declaração de ilegalidade de uma das regras – e conseqüente supressão do sistema jurídico – ou com a manutenção de ambas as regras pela aplicação de expressa “cláusula de exceção” em uma delas, como a que se apresenta no CDC, art. 39, I (a “*justa causa*” na limitação quantitativa de produtos e serviços). No segundo caso (colisão de princípios), a solução da incompatibilidade não será a supressão definitiva de um dos princípios do sistema jurídico, mas tão somente a *precedência condicionada* de determinado princípio (a chamada “lei de colisão”), isto é, a aplicação do princípio que teve um *peso* maior para aquele caso em especial, levando-se em conta, para tal decisão, a *ponderação* (argumentação) acerca de todos os interesses e bens (individuais e coletivos) aos quais os princípios colidentes estão sendo invocados. Assim, levando-se em conta que os princípios são *mandatos de otimização* (serão aplicados considerando a ponderação, no caso concreto, das possibilidades fáticas e jurídicas existentes), deve-se levar em conta as *máximas de proporcionalidade*, isto é, as razões (máximas) de *adequação e necessidade* (que dizem respeito às possibilidades fáticas de aplicação do princípio) e a razão (máxima) de *proporcionalidade em sentido estrito* (que diz respeito à possibilidade jurídica, isto é, a prevalência ou não do princípio colidente oposto).

²⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 262 e; DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1371. Na doutrina portuguesa, v. PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. 1982, p. 207-211.

²⁰² Sobre a evolução histórica do conceito de ordem econômica, na doutrina brasileira, v., por todos: GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 54-55; MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos e taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 617). Na doutrina portuguesa, observa Moreira que “... o capitalismo, como sistema social, não é apenas um facto económico: é também um facto jurídico e um facto político. Exige uma determinada ordem jurídica e um determinado estado; possui também a sua ordem jurídico-política fundamental: a sua constituição” (MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha. 1978, p. 11-12).

²⁰³ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “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,

consumidor e outro princípio constitucional da ordem econômica, de *ponderação* dos interesses e bens (individuais e coletivos) para, no caso concreto, dar a prevalência (racionalmente fundamentada) para um deles²⁰⁴.

Entende-se, assim, que na composição de eventuais conflitos de interesses e bens relativos à ordem econômica brasileira, o *princípio constitucional da defesa do consumidor* (CF, art. 170, V), não obstante o fato de ter sido também positivado como direito fundamental da pessoa humana (CF, art. 5º, XXXII), deve harmonizar-se com demais princípios jurídicos constitucionais da ordem econômica²⁰⁵, e. g. os da *livre concorrência* (CF, art. 170, IV)²⁰⁶ e da *defesa do meio ambiente* (CF, art. 170, VI)²⁰⁷.

regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros (STF.ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 3.03.1993, DJ 30.04.1993).

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 90-95. A propósito, ensina o Min. Barroso (STF) que “A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, v. LXXXI, 2005, p. 245).

²⁰⁵ Sobre o tema, v. MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 81, janeiro-março de 2012, p. 39-88.

²⁰⁶ Sobre a relação entre os princípios da defesa do consumidor e da livre concorrência na doutrina brasileira, v. CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005; GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC. 2003; MARTINEZ, Ana Paula. A defesa do interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 11 (n.1). 2004, p. 67-99; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 14 (n.1). 2007, p. 169-181; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 76, outubro-dezembro de 2010, p. 131-151 e; SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 880, fevereiro de 2009, p. 09-32.

²⁰⁷ Note-se que o dispositivo constitucional referente ao princípio da defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI) foi alterado pela Emenda Constitucional n. 43/2003, acrescentando-se a seguinte redação: “VI -defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” – grifou-se. Vale dizer que a redação acrescida ao dispositivo constitucional em comento demonstra a necessária relação – que pode levar, por isso mesmo, a eventuais conflitos de interesse – entre a defesa do meio ambiente e o mercado de consumo de bens e serviços. A propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção do meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento à saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º.9.2005, DJ de 3.2.2006).

Nesse sentido, observa Miragem que

A relação entre as normas de direito do consumidor e outras de ordenação do mercado se estabelecem em diversas áreas, como é o caso das normas de defesa da livre concorrência, direito de propriedade intelectual (marcas e patentes), direitos autorais, a proteção do meio ambiente, o comércio internacional, dentre outras. A compatibilidade entre elas, privilegiando-se o efeito útil que promovem reciprocamente, é exigência que se percebe do projeto de vida comum que a Constituição estabelece, a partir da disciplina da ordem constitucional econômica²⁰⁸

Em outros termos, compreende-se que a interpretação do princípio da *defesa do consumidor* no contexto normativo da ordem (constitucional) econômica brasileira (CF, art. 170) deve ocorrer sempre no sentido de *harmonização* dos seus princípios jurídicos fundamentais²⁰⁹. Contudo, em caso de eventual colisão entre esses princípios, a defesa do consumidor poderá ser afastada, em determinado caso concreto, pela ponderação e fundamentação quanto à prevalência condicionada de qualquer um dos mencionados princípios. Essa, aliás, parece ser a linha de raciocínio adequada à interpretação e aplicação do CDC, art. 4º, III, que expressamente reconhece, como forma de garantir o equilíbrio de interesses dos participantes das relações de consumo, a *observância dos princípios da ordem econômica brasileira*²¹⁰.

A propósito do tema, interessante notar que o próprio CDC prevê a nulidade de cláusulas contratuais – ou do próprio contrato de consumo, se não for possível mantê-lo válido e eficaz - que *infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais* (art. 51, XIV e §2º). Assim, imagine-se que o interesse de um grupo de consumidores à aquisição de unidades habitacionais possa se chocar com o interesse ambiental de preservação da área onde o conjunto habitacional está sendo construído. Por essa razão – e por expressa previsão em regra jurídica (CDC, art. 51, XIV) – a preservação ambiental, enquanto interesse tipicamente *metaindividual*, deverá prevalecer sobre a proteção jurídica dos consumidores (neste exemplo,

²⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 81, janeiro-março de 2012, p. 42. Sobre a importância de harmonização da defesa do consumidor com a defesa do meio ambiente, v., na doutrina brasileira: HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 70, abril-junho de 2009, p. 172-235.

²⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 81, janeiro-março de 2012, p. 42 *et seq.*

²¹⁰ No Capítulo 2 (subitem 2.2.1) será analisado o modo como o Código de Defesa do Consumidor positivou norma que determina a harmonização da defesa do consumidor com os princípios da ordem econômica, compreendida essa harmonia como condição para o chamado “equilíbrio mínimo” da relação de consumo em sua *perspectiva externa* (CDC, art. 4º, III).

um *interesse individual*, embora coletivamente tutelável (CDC, art. 81, parágrafo único, I)²¹¹. Contudo, se não existisse a mencionada regra jurídica no CDC, restaria o recurso à *ponderação* entre os *princípios jurídicos* da defesa do consumidor (CF, art. 170, V) e da defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI), por meio da qual qualquer um dos princípios poderia prevalecer sobre o outro em razão da fundamentação sobre as circunstâncias particulares do caso.

Além da defesa do consumidor como princípio constitucional da ordem econômica brasileira (CF, art. 170, V), são também princípios fundamentais do Direito do Consumidor: a) o princípio da *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III); b) o princípio da *igualdade* (CF, art. 5º, *caput*); c) o princípio da *proporcionalidade* (CF, art. 5º, §2º); d) o princípio da *solidariedade social* (CF, art. 3º, I) e; e) o princípio da *confiança* (CF, art. 5º, §2º). Em meio ao conjunto de funções que podem exercer no sistema jurídico, entende-se que a importância desses princípios jurídicos para o Direito do Consumidor está no fato de que atuam como fundamentos normativos para a interpretação da relação de consumo em suas *dimensões externa e interna*, operacionalizando a ideia de “equilíbrio mínimo” dessa relação jurídica (que se opõe, justamente, a todas as espécies de desequilíbrio *excessivo* as quais se busca evitar e/ou corrigir)²¹². E na chamada “dimensão interna” da relação de consumo, cumpre destacar que os citados princípios fundamentais estabelecem as bases hermenêuticas para a interpretação/aplicação das normas infraconstitucionais de proteção dos consumidores, destacando-se a aplicação – por meio de uma “interpretação hierarquicamente orientada”²¹³ – das normas *abertas* (as cláusulas gerais) no Direito do Consumidor, razão pela qual serão analisados a seguir²¹⁴.

²¹¹ Aqui, importa destacar o Enunciado n. 23, da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ), a respeito da *função social do contrato*: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes *interesses metaindividuais* ou interesse individual relativo à dignidade humana” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 19).

²¹² A análise das dimensões externa e interna – e, conseqüentemente, da ideia de “equilíbrio mínimo – da relação jurídica de consumo será desenvolvido no Capítulo 2 (subitem 2.2.1). As espécies de desequilíbrio excessivo da relação de consumo também serão analisadas no Capítulo 2 (subitem 2.2.2).

²¹³ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 200.

²¹⁴ Pois como bem observa Miragem: “As cláusulas gerais presentes nas normas infraconstitucionais, ao serem concretizadas pelo intérprete e aplicador do direito, devem ter em consideração a promoção e otimização da eficácia dos direitos fundamentais constitucionais. Isto porque, em um sistema jurídico harmônico, a interpretação e o significado das cláusulas gerais não podem estar em contradição com o ordenamento jurídico, em especial com as disposições previstas na Constituição” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009., p. 199-200). Assim, destaque-se, no presente trabalho, a cláusula geral de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º), cuja análise será realizada na Parte II (Capítulo 4). Antes, porém, será dada atenção à

O princípio da dignidade da pessoa humana, como bem observa a doutrina, consiste no princípio e valor fundamentais da ordem jurídico constitucional brasileira (CF, art. 1º, III)²¹⁵, reconhecendo-se na pessoa humana a razão de ser do Direito²¹⁶. Sobre a importância do conceito de dignidade humana para a construção, interpretação a aplicação da ordem jurídica, observa Rosenthal, com fundamento em Joaquim Arce y Flórez-Valdés, que “A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico, como protagonista, tanto no âmbito do direito público como no do privado, repelindo qualquer atentado proveniente de outras pessoas e dos poderes públicos”²¹⁷.

A reconhecida importância da norma (regra/princípio) constitucional da dignidade humana afirmação não deve, porém, trazer ao intérprete a impressão de que o princípio jurídico, por tratar de qualidade intrínseca à natureza humana²¹⁸, tem aplicabilidade absoluta. Com efeito, Alexy, analisando a previsão do princípio da dignidade humana – que, segundo entende, também é *regra* jurídica²¹⁹ - na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Art. 1º, §1º - frase 1²²⁰), reconhece a sua enorme importância para a efetividade dos direitos fundamentais, mas argumenta no sentido de que seu caráter absoluto é uma ideia aparente, que se deve, sobretudo, à existência de um enorme número de situações onde a norma de dignidade humana tende a prevalecer sobre princípios que lhe sejam opostos. Afirma, pois, o notável jurista:

importância das cláusulas gerais no direito privado contemporâneo, com destaque para as codificações privadas brasileiras, i. e, para o Código Civil de 2002 e CDC (Capítulo 3).

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 63-80; ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 34-62; CUNHA, Alexandre Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 230-264; RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 24-26 e; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 120-122.

²¹⁶ Sobre a importância do conceito de dignidade humana para a construção, interpretação a aplicação da ordem jurídica, CUNHA, Alexandre dos Santos. *Op. cit.*, p. 260.

²¹⁷ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 08.

²¹⁸ Ingo Sarlet, a propósito do tema, traz importante contribuição a respeito da evolução do conceito de dignidade humana no pensamento filosófico ocidental, destacando-se, como modelo para o pensamento jurídico (sobretudo para o Direito Privado), a matriz kantiana, na qual a dignidade humana está associada à capacidade de autonomia (autodeterminação) de cada pessoa (SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 45).

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 107). E quanto à relação existente entre a regra e o princípio jurídicos da dignidade humana, entende que “La relación de preferéncia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona” (*Ibidem*, p. 108).

²²⁰ Dispõe a Lei Fundamental de Bonn, Art. 1º, §1º, frase 1 “A dignidade da pessoa é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”.

Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio da la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos os demás principios²²¹.

Por essa razão, entende Alexy que o fato do princípio/regra da dignidade humana prevalecer *na maioria* das situações envolvendo colisão de princípios²²² não significa que aquela norma deva prevalecer *em todas* as situações desse tipo. Assim – e após analisar decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão a respeito da norma constitucional da dignidade humana – conclui Alexy que não haverá lesão ao princípio/regra da dignidade da pessoa humana quando

...la exclusión de le protección judicial no es motivada por una desconsideración o subestimación de la persona humana, sino por la necesidad de mantener en secreto medidas para la protección del orden democrático y la existencia del Estado²²³.

Contudo, ainda que possam estar corretos os argumentos de Alexy em relação ao caráter não absoluto do princípio da dignidade humana²²⁴ - e, portanto, que o fundamento normativo da dignidade humana possa ser afastado em dado caso concreto (e após ponderação racionalmente fundamentada) quando em conflito com princípios como os da “proteção do Estado” ou da “comunidade estatal” (sociedade)²²⁵ – deve-se reconhecer naquele verdadeiro “paradigma do direito privado”²²⁶, sobretudo na tutela dos sujeitos vulneráveis²²⁷ e, de modo

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1999., p. 109.

²²² Rosenvald, a propósito, expõe alguns exemplos de prevalência do princípio da dignidade humana sobre outros princípios constitucionais a partir da jurisprudência brasileira (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 58-62).

²²³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 107.

²²⁴ A posição de Alexy parece ser, sem dúvida, a mais correta, não obstante os posicionamentos contrários, isto é, partidários de um caráter absoluto do princípio. Nesse sentido, na doutrina brasileira, RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 51. Em adesão ao posicionamento de Alexy, na doutrina brasileira, v. SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 77.

²²⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 108.

²²⁶ CUNHA, Alexandre. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 243-261.

²²⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 117-124.

geral, na proteção dos direitos da personalidade²²⁸, realidade da qual não pode ser destacada²²⁹.

Assim, é de todo evidente que a proteção jurídica dos consumidores, campo específico do direito privado contemporâneo, vem reforçar o “amplo grupo de condições de precedência”²³⁰ da norma (princípio/regra) da dignidade humana sobre normas que cuidem de interesses/direitos colidentes, vinculados, sobretudo, a pretensões de caráter econômico dos fornecedores de produtos e serviços²³¹. Em outros termos, significa que os interesses/direitos de um consumidor ou grupo de consumidores tendem a prevalecer sobre direitos/interesses opostos – incumbindo-se o Estado de reconhecê-los (CF, art. 5º, XXXII c/c art. 170, V)²³² – pelo fato de que a pessoa humana, inserida no já apresentado contexto da sociedade de consumo contemporânea, encontra-se exposta, como em nenhum outro momento histórico cultural, a um mercado de consumo cuja dinâmica permite – senão, muitas vezes, estimula – situações de “desconsideração ou subestimação da pessoa humana”²³³, sobretudo da que se encontra, como adiante será tratado, em específica situação de vulnerabilidade (vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade)²³⁴.

²²⁸ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 31-34. A propósito, dispõe o Enunciado n. 274, da IV Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (*princípio da dignidade da pessoa humana*). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da *ponderação*” - grifou-se. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 19).

²²⁹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 32. Junqueira de Azevedo, sobre a importância do Direito Civil no direito pós moderno, enfatiza que “... é o próprio direito civil que voltou a ser disciplina jurídica de ponta (...) É o direito civil que, atualmente, por ter como objeto a *vida* e, em especial, a *vida* e a *dignidade da pessoa humana*, dá sentido e conteúdo ao sistema” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 33, janeiro-março de 2000, p. 127).

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 106.

²³¹ Em significativo exemplo, extraído da jurisprudência do STJ, tem-se a pretensão do prestador de serviço público essencial (energia elétrica) ao pagamento da remuneração pelo consumidor pessoa física que, apesar de inadimplente, demonstrou que seu completo *estado de miserabilidade* foi a causa da inadimplência, justificando-se, em razão da norma (princípio/regra) constitucional de dignidade da pessoa humana, a imposição da obrigação de continuidade (CDC, art. 22, *caput*) ao referido prestador (STJ. REsp. 684442/RS. 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.09.2005).

²³² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 120.

²³³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 107. Sobre o tema, observa Bessa que “...o mercado de consumo, principalmente em face de sua conformação massificada, enseja, em diversos aspectos, ofensa a dignidade da pessoa humana...” (BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 39).

²³⁴ Segundo Nishiyama “A dignidade da pessoa humana está interligada às liberdades públicas, em sentido amplo, impondo-se ao Estado uma atuação para a proteção de certos grupos, classes ou categorias de pessoas” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Op. cit.*, p. 120).

Vale ressaltar, na esteira de Ingo Sarlet, que a norma (princípio/regra) da dignidade humana

...para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais²³⁵.

A norma (princípio/regra) da dignidade humana fundamenta a existência do direito (e garantia) fundamental de proteção dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII)²³⁶ e, por conta disso, do próprio microsistema do Código de Defesa do Consumidor que, em vista do mandamento constitucional de proteção, estabelece conjunto (não exaustivo) de deveres fundamentais para os fornecedores (informação²³⁷, segurança²³⁸, adequação²³⁹ etc.).

Por fim, pode-se dizer que o princípio/regra da dignidade humana encontra-se na ordem jurídico constitucional como uma “categoria axiológica aberta”²⁴⁰ – não obstante o fato de ser atributo inerente qualquer ser humano²⁴¹ - e, por isso mesmo, “... não poderá ser conceituada de maneira fixista (...) razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e de desenvolvimento”²⁴².

Além da norma (princípio/regra) da dignidade humana é princípio fundamental do Direito do Consumidor o *princípio da igualdade* (ou *da isonomia*)²⁴³. De fato, o

²³⁵ SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 72. No mesmo sentido, na doutrina alemã, v. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina. 2006, p. 34; e na doutrina brasileira, v. ainda: CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 255.

²³⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Gen/Método. 2012, p.29.

²³⁷ CDC, arts. 4º, IV; 6º, III; 8º, parágrafo único; 9º; 10; §1º; 3; 3; 36; 42-A; 43; 46; 52 etc.

²³⁸ CDC, arts. 4º, *caput*; 6º, I; 8º; 9º; 10; 12, §1º; 14, §1º; 22, *caput* etc.

²³⁹ CDC, arts. 4º, VII; 6º, III; 18; 19; 20; 22, *caput* etc.

²⁴⁰ SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002, p. 41.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 39.

²⁴² SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 41. Vale ressaltar aqui a reflexão de Rosenvald: “...a cláusula geral de tutela à personalidade (art. 12 do CC) permite um rico diálogo de fontes entre a Constituição Federal – por intermédio da dignidade da pessoa humana – e o Código Civil (...) conferindo à pessoa uma tutela ilimitada, exceto naquilo que contrastar com interesses alheios. A proteção se estenderá a outros campos da personalidade que porventura possam ser ofendidos em virtude de alterações no tecido social ou inovações tecnológicas” (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 30).

²⁴³ Segundo Alexy trata-se do *direito* à igualdade (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 381 et. seq.). Na doutrina brasileira, entende Ávila que a igualdade, além de princípio e regra jurídicos, deve ser compreendida também como um *postulado jurídico*, isto

reconhecimento da dignidade da pessoa humana em sua situação existencial de consumidora (entenda-se aqui, no contexto da sociedade de consumo contemporânea) exige do legislador e aplicador do Direito um tratamento jurídico que, complementando o importante, porém insuficiente, critério formal de igualdade *perante a lei*²⁴⁴, encontre sua razão maior no critério material de igualdade *na lei*, isto é, na discriminação tolerável e suficiente – uma “discriminação justificada”²⁴⁵ – que o conteúdo da lei estabelece no intuito de realizar a *real* (e, portanto, justa) isonomia às relações por ela reguladas²⁴⁶.

Nesse sentido, considera Bandeira de Mello que

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são referidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos²⁴⁷.

Assim, se pelo critério formal do princípio da igualdade a lei deve ser aplicada a todos aqueles que a ela estejam submetidos²⁴⁸, entende-se, pelo critério material, que havendo razão suficiente para um tratamento jurídico desigual entre certas pessoas ou grupos, este deverá ser dispensado como exigência do próprio princípio da igualdade²⁴⁹. Portanto, parece de todo claro que o contexto histórico cultural da sociedade de consumo contemporânea é razão

é, como uma norma que estabelece critérios para interpretação de outras normas, sejam regras ou princípios (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 150). No presente trabalho, não obstante o reconhecimento à autoridade dos juristas citados, a igualdade será compreendida, de modo geral, como um *princípio jurídico*.

²⁴⁴ Bandeira de Mello, em obra clássica sobre o princípio da igualdade, observa: “Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º, *caput* – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 09).

²⁴⁵ BERTHIAU, Dennis. **Le principe d'égalité et le droit civil des contrats**. Paris: LGDJ. 1999, p. 151-152.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 386. Sobre a distinção entre a igualdade perante a lei (*devant la loi*) e a igualdade na lei (*dans la loi*), v., na doutrina brasileira: SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 08, outubro-dezembro de 1993, p. 151-156 e; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 126-127.

²⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 12-13.

²⁴⁸ Como ensina Alexy a igualdade perante a lei (ou igualdade *na aplicação do direito*) “Exige que toda norma jurídica sea aplicada a *todo* caso que cae bajo su supuesto de hecho y a *ningún* caso que no caiga bajo él, es decir, que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas” (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 382).

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 396-398. A propósito, observa Marques que “O direito é a arte de distinguir” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 337-338).

suficiente para o tratamento jurídico desigual entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, motivo pelo qual

...devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei a fim de que se atinja efetivamente a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia *real, substancial* e não meramente formal)²⁵⁰.

Nesse sentido, se é correto afirmar-se que “... a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado”²⁵¹, pode-se então dizer que, no Direito do Consumidor, o critério diferenciador reside na *posição jurídica de vulnerabilidade dos consumidores*, justificadora do mandamento constitucional de defesa dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) e reconhecida como específico princípio jurídico no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, I)²⁵²; quanto ao fim a ser alcançado pelo Direito do Consumidor, por meio do CDC, esclarece Marques que:

Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova lei de *função social* intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. O Código de Defesa do Consumidor é claro, em seu art. 1º, ao dispor que suas normas dirigem-se à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, e que se constituem em normas de ordem pública, inafastáveis, portanto, pela vontade individual²⁵³.

Em outros termos, o CDC é expressão de um *mandamento de tratamento desigual*²⁵⁴, de natureza constitucional (CF, art. 5º, XXXII), que encontra sua razão suficiente no reconhecimento da posição jurídica de vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo e tem, como finalidade maior, a proteção dessa categoria (ou *status*) social a partir de normas cogentes capazes de trazer o adequado e efetivo controle (prevenção) e coibição (repressão) das situações de desequilíbrio *excessivo* nas relações de consumo, como as que decorrem das práticas abusivas pelos fornecedores²⁵⁵. Contudo, convém notar que o princípio

²⁵⁰ OLIVEIRA, José Ernesto Furtado de. *Reformatio in pejus* do Código de Defesa do Consumidor: impossibilidade em face das garantias de proteção. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 135.

²⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 151.

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 320-330.

²⁵³ *Ibidem*, p. 590.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 396-398.

²⁵⁵ Como adverte Marques “O desequilíbrio significativo de direitos e deveres, em detrimento do consumidor, na relação contratual, vista como um todo passa a ser indício de abuso, a chamar a ação reequilibradora do novo direito contratual em sua visão social” (MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 290). O tema das práticas

da igualdade também orienta, em razão do pluralismo cultural existente na sociedade de consumo contemporânea²⁵⁶, a sensibilidade do intérprete e aplicador do direito no sentido de reconhecer a existência de grupos *hipervulneráveis* de consumidores (idosos, crianças, doentes, analfabetos etc.) e, em consequência, dispensar um tratamento jurídico especial para os mesmos²⁵⁷.

Assim, não é outra a razão pela qual esse mandamento de tratamento desigual entre consumidores e fornecedores (e, ainda, entre grupos de consumidores) – justificado, como visto, pelo princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) – vincula-se a outro importante fundamento para o Direito do Consumidor: o *princípio da proporcionalidade*²⁵⁸. Com efeito, pode-se dizer que a ideia de proporção, da qual se origina o princípio jurídico²⁵⁹, sugere que se possa atribuir a justa medida²⁶⁰ (a adequada proporção entre meios e fins)²⁶¹, levando-se em conta a igualdade substancial (material) existente entre os sujeitos da relação jurídica²⁶², e de modo a se evitar quaisquer manifestações de desequilíbrio excessivo nas posições jurídicas dos sujeitos, decorrentes, sobretudo, de práticas abusivas em relações caracterizadas pelo desequilíbrio estrutural nas posições jurídicas ocupadas por seus sujeitos²⁶³.

Nesse sentido, entende-se que no campo das relações jurídicas privadas – e, mais precisamente, nas relações de consumo – o princípio da proporcionalidade “...vige nel senso

abusivas como fatores de desequilíbrio excessivo das relações de consumo será analisado na Parte II deste trabalho (Capítulo 4).

²⁵⁶ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.1).

²⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 184-196.

²⁵⁸ Na doutrina brasileira, entende Ávila que a proporcionalidade, assim como a igualdade, deve ser compreendida também como um *postulado jurídico*, isto é, como uma norma que estabelece critérios para interpretação de outras normas, sejam regras ou princípios (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 150). No presente trabalho, não obstante o reconhecimento à autoridade do eminente jurista, a proporcionalidade não será tratada como postulado, mas, de modo geral, como um *princípio jurídico*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 160-161.

²⁶⁰ Na lição de Miguel Reale vê-se que o próprio Direito “... não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo” (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 60).

²⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 160-173; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 122-124.

²⁶² No campo das relações contratuais, observa Perlingieri que “...il principio da proporcionalità si realizza con modalit  diverse secondo i contratti, i soggetti” (PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 12, outubro-dezembro de 2002, p. 151).

²⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 288-290.

non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste²⁶⁴. Em outros termos, o princípio da proporcionalidade gera, no âmbito dessas relações, um dever negativo, uma “proibição de excessividade”, compreendida como vedação das situações que se traduzem em excessiva desproporção entre direitos e obrigações, entre “vantagens e sacrifícios” para os consumidores. Os limites jurídicos entre um desequilíbrio tolerável de posições jurídicas – o desequilíbrio estrutural da uma certa relação jurídica²⁶⁵ – e a desproporção excessiva de direitos e obrigações devem ser necessariamente estabelecidos pelo legislador²⁶⁶, quer por meio da técnica legislativa casuística, quer por meio da técnica legislativa das cláusulas gerais²⁶⁷.

Na ordem constitucional brasileira, observa Fernandes Neto que o princípio da proporcionalidade encontra-se previsto, de forma implícita, no art. 5º, §2º da CF (que vincula os direitos e garantias fundamentais aos *princípios* adotados pela própria Constituição) e subsume-se ainda do próprio conceito de *justiça social* (CF, art. 170, *caput*), fundamento para a defesa do consumidor enquanto princípio constitucional da ordem econômica brasileira (CF, art. 170, V)²⁶⁸. Já no microsistema jurídico do CDC, percebe-se a presença do princípio da proporcionalidade em dispositivos como os que enunciam os específicos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo²⁶⁹ (art. 4º, III e VI) e no art. 6º, V, que dispõe

²⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 12, outubro-dezembro de 2002, p. 143.

²⁶⁵ O tema será analisado com maior atenção no Capítulo 2 (subitem 2.1).

²⁶⁶ Sobre o tema, ensina Larenz: “El principio da proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia. Indudablemente conecta con la idea de ‘moderación’ y de ‘medida justa’ en el sentido de equilibrio. Negativamente, de los conceptos citados resulta una prohibición de excesividad, que siempre ha regido como exigencia de legislador que debe establecer un Derecho justo” (LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993, p. 145. Na doutrina portuguesa, v. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 1993, p. 382.

²⁶⁷ Como já destacado, a análise da (e distinção entre) técnica legislativa casuística e técnica legislativa das cláusulas gerais será realizada na Parte II (Capítulo 3).

²⁶⁸ FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 82.

²⁶⁹ Sobre os objetivos e os princípios gerais da Política Nacional das Relações de Consumo, previstos no art. 4º do CDC, v., por todos: GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 5, 1993, p. 183-189; DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor - V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1359-1372; VAL, Olga Maria do. Política Nacional das Relações de Consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Organizadores). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor - V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1373-1396 e; LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 99-101

acerca do direito dos consumidores à modificação de contratos que estabeleçam prestações *desproporcionais*.

Por fim, cabe ainda mencionar dois importantes princípios fundamentais do Direito do Consumidor. A construção de uma sociedade justa e *solidária*, enunciada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, I) é, de fato, um princípio jurídico²⁷⁰, o *princípio da solidariedade social*²⁷¹. Na sociedade contemporânea, importa considerar que o conceito jurídico “sociedade solidária”, não obstante o elevado grau de vagueza semântica que o caracteriza²⁷², encontra adequada significação na ideia de *cooperação* entre os membros do corpo social “...de modo a que sua integração e soma permitam (mesmo e por causa da divisão do trabalho social) que se estruture e mantenha o funcionamento da referida sociedade”²⁷³. Nesse sentido, entende Martins-Costa que

...a palavra ‘solidariedade’ traduz categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social. Essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo Direito na Constituição, indicando, em linhas gerais, a exigência de evitar, ou ao menos reduzir, a conflitualidade social mediante a superação de uma visão estreitamente egoística do Direito²⁷⁴.

²⁷⁰ Segundo Eros Roberto Grau, não se trata propriamente de um princípio jurídico, mas do que denomina, com fundamento em Dworkin, uma *norma-objetivo*, isto é, uma diretriz (*policy*) a exigir políticas públicas para sua implementação, uma diretriz para a interpretação de normas de conduta, isto é, de regras e de princípios jurídicos (GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 5, 1993, p. 185-189). No mesmo sentido, v. MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 622. Sobre o tema, v. também NORONHA, Carlos Silveira. Distinção entre princípio, regra e “norma-objetivo”. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, 2011, p. 91-104. Neste trabalho, não obstante o reconhecimento à autoridade dos eminentes juristas, a norma constitucional contida no art. 3º, I, CF será tratada, de modo geral, como *princípio jurídico*.

²⁷¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. 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. 147-153.

²⁷² MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 620. Sobre as espécies de vagueza presentes nas normas jurídicas, v., na doutrina italiana: LUZZATI, Claudio. **La vaguezza delle norme**. Um’analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè. 1990, p. 279 *et seq.*

²⁷³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. 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. 152-153.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 620-621.

No Direito Privado contemporâneo, compreende-se os vínculos obrigacionais como *relações de cooperação*²⁷⁵, onde os sujeitos devem assumir, sobretudo nas obrigações negociais²⁷⁶, um comportamento que não imponha obstáculo (ou ainda que colabore ativamente) à realização dos interesses legítimos da outra parte²⁷⁷ - e que se traduz, em larga medida, no *agir conforme a boa-fé objetiva*²⁷⁸ (CC, arts. 113, 187 e 422²⁷⁹; CDC, arts. 4º, III e 51, IV²⁸⁰) – de modo a se concluir que

...os deveres de cooperação derivados da conduta segundo a boa-fé densificam e especificam, neste campo da vida jurídica, a diretriz constitucional da solidariedade social, seja na relação contratual, seja na relação obrigacional *lato sensu* considerada, inclusive a resultante de atos ilícitos²⁸¹.

Além disso, entende-se que o princípio da solidariedade social orienta a interpretação da cláusula geral de *função social do contrato* (CC, art. 421²⁸²; CDC, art. 1º²⁸³), que

²⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos e taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 631.

²⁷⁶ Segundo o magistério de Fernando Noronha as relações jurídicas obrigacionais classificam-se em *obrigações negociais, responsabilidade civil em sentido estrito e obrigações de restituição por enriquecimento sem causa*. (NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V. I. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 419).

²⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1976, p. 29. Na doutrina portuguesa, Carneiro da Frada distingue entre os comportamentos (deveres) que pretendem garantir a satisfação do interesse da outra parte (o credor), dos que denomina “deveres de proteção”, i. e., dos comportamentos (deveres) que “...pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e património que nascem da (e por causa da) relação particular estabelecida” (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. Contrato e deveres de protecção. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXXVIII. 1994, p. 40-41).

²⁷⁸ Sobre o tema, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 633; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 150.

²⁷⁹ Sobre as funções exercidas pela cláusula geral de boa fé objetiva no atual sistema geral de Direito Privado brasileiro (cânone hermenêutico-integrativo, limite ao exercício de direitos subjetivos e fonte de deveres jurídicos) v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 427-472. Na doutrina portuguesa, v. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **A Boa fé no Direito Civil**. V. II. Coimbra: Almedina. 1984. Por fim, importa considerar a referência hermenêutica dos Enunciados das Jornadas de Direito Civil – C/JF/CEJ (Enunciados n. 24, 25, 26, 27, 37, 139, 167, 168, 169, 170, 361, 362, 363, 412, 413, 414, 421 e 422).

²⁸⁰ Sobre a cláusula geral de boa fé objetiva no CDC v., por todos: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 267-299; MARTINS-COSTA, Judith. Mercado... cit., p. 639-658; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 14, 1995, p. 20-27 e; TEPEDINO, Gustavo; SCHERIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 216-231.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado... cit., p. 633-634.

²⁸² Sobre a cláusula geral de *função social do contrato* no atual sistema geral do Direito Privado brasileiro (CC, art. 421) v., por todos: MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 200-214; SILVA, Luis Renato Ferreira da. 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. 151-170 e; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre

fundamenta – e, ao mesmo tempo, limita – o exercício de direitos relativos à autonomia negocial²⁸⁴, tendo em vista, em essência, a utilidade do interesse particular em confronto com o interesse social²⁸⁵. Nesse sentido, a limitação no exercício das liberdades contratuais justifica-se pela *visão solidarista* que o direito pretende promover no campo contratual²⁸⁶, e que informa o próprio conteúdo daquela norma limitadora²⁸⁷.

O *solidarismo contratual*, portanto, compreende o contrato como fenômeno social²⁸⁸, cujos efeitos, não obstante interessem, em primeiro momento, apenas aos sujeitos contratantes, repercutem, sobretudo nas relações contratuais massificadas, em todo o contexto social²⁸⁹. Essa compreensão do fenômeno contratual se justifica, em grande parte, pelo fato de que o contrato, inserido no contexto da sociedade de consumo contemporânea, é instrumento necessário à circulação de riquezas na economia capitalista²⁹⁰ e, ao mesmo tempo, instrumento promocional do acesso a bens essenciais à dignidade da pessoa humana²⁹¹ (saúde, educação, lazer, alimentação, comunicação, transporte, habitação, crédito etc.)²⁹².

revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 197-198. Por fim, sobre a cláusula geral de *função social do contrato* (CC, art. 421) importa considerar os Enunciados das Jornadas de Direito Civil – CJF/CEJ (Enunciados n. 21, 22, 23, 166, 167, 360, 361 e 431).

²⁸³ DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 161-195.

²⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 201.

²⁸⁵ GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, t. 26, p. 35-57, 1981, p. 40. Na doutrina brasileira, v., por todos: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V. 1. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 32-33.

²⁸⁶ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. USTÁRROZ, Daniel. O solidarismo no direito contratual brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 240-241 e; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 106-109. Na doutrina francesa, v. GRYNBAUM, Luc. La notion de solidarisme contractuel. In: GRYNBAUM, Luc; NICOD, Marc. **Le Solidarisme Contractuel** (Collection Études Juridiques Dirigée par Nicolas Molfessis). V. 18. Paris: Economica, p. 25-37.

²⁸⁷ Vale destacar, contudo, o argumento de Grau, para quem “Os consumidores são protegidos não por *solidariedade*, como querem alguns; vale dizer: a *proteção* de que gozam não é produto de sentimento de *solidariedade*, porém expressiva de uma *estratégia para a promoção da fluência do mercado*” (GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito (USP)**. São Paulo, v. 96. 2001, p. 432-433).

²⁸⁸ USTÁRROZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 250-257.

²⁸⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. 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. 156). A propósito, o Enunciado n. 21, da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato *em relação a terceiros*, implicando a tutela externa do crédito” – grifou-se (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 19).

²⁹⁰ SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 156.

²⁹¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 154). Sobre o tema, v. ainda: USTÁRROZ, Daniel. O solidarismo no

Nesse sentido, entende-se que

O contrato é o instrumento de circulação de riquezas da sociedade, mas hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5º da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5º c/c art. 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito como pessoa humana (art. 1º, III, c/c art. 5º, XXXII, da Constituição Federal)²⁹³.

Na sociedade de consumo contemporânea o contrato não se caracteriza apenas pela tradicional função de ser instrumento de consenso acerca de interesses particulares (mero acordo de vontades), na medida em que também é elevado à condição de “bem socialmente relevante”, pela função que exerce no complexo sistema econômico e social, de harmonizar interesses próprios da livre iniciativa econômica (fornecedores) e aqueles próprios do acesso a bens relacionados a uma vida socialmente digna (consumidores)²⁹⁴. E o Direito do Consumidor revela-se instrumento de *justiça social* na ordem econômica brasileira (CF, art. 170) na medida em que realiza a adequada “distribuição dos riscos” inerentes ao mercado de consumo enquanto exigência do princípio da solidariedade social²⁹⁵ que, em “aplicação articulada”²⁹⁶ com os demais princípios aqui analisados (defesa do consumidor, dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade e confiança), impõe a necessidade de se vincular o exercício dos direitos e prerrogativas dos fornecedores – típicos do regime de *livre*

direito contratual brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 258.

²⁹² Nessa linha de raciocínio, importa destacar a contribuição de Negreiros ao estudo da teoria contratual contemporânea, ao defender a existência de um *paradigma da essencialidade* nos contratos, reformulando-se a própria classificação geral dos contratos a partir da natureza social dos bens contratados (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 346-347). A propósito do tema, v. a classificação dos contratos em *existenciais* e *empresariais*, proposta por Antônio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 185-186).

²⁹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 258.

²⁹⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 20.

²⁹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, janeiro-março de 2002, p. 146-149. Segundo o jurista “O caso mais exemplar de todos está no âmbito da responsabilidade civil por acidente de consumo ou por defeito de produtos e serviços. Os arts. 12 e 14 do CDC redefinem as regras de responsabilidade, assumindo explicitamente, creio eu, a perspectiva do risco e do risco comum para atribuir aos fornecedores uma responsabilidade objetiva, sem culpa. O risco dos acidentes deve ser internalizado pelos fornecedores. A moralidade que se adota não é a da culpa, da psicologia subjetiva, que as unidades de produção não têm. A moralidade que se aceita é a da solidariedade social” (*Ibidem*, p. 147).

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 641.

iniciativa que caracteriza a ordem econômica capitalista (CF, art. 170) – ao cumprimento de sua *finalidade econômica e social* (CC, arts. 187 e 421; CDC, art. 1º).

Em outros termos, pode-se dizer que a atuação dos fornecedores no mercado de consumo deve ocorrer em conformidade com finalidade econômica e social dos direitos que a ordem jurídica, pelo regime da livre iniciativa, lhes autoriza a exercer. No âmbito contratual (CC, art. 421; CDC, art. 1º), conforme prestigiosa interpretação doutrinária²⁹⁷, entende-se que o cumprimento dessa *finalidade econômica e social* do contrato de consumo pelos fornecedores refere-se a uma atuação não lesiva a interesses metaindividuais²⁹⁸ ou, no que respeita à eficácia interna do contrato²⁹⁹, a uma atuação não lesiva a bem jurídico essencial à dignidade humana de um consumidor individualmente considerado³⁰⁰. Além disso – e como consequência da flexibilização que estabelece na relatividade dos efeitos contratuais (*res inter alios acta alius neque nocere neque prodesse potest*)³⁰¹ - implica na responsabilidade solidária de todos os fornecedores que compõem a cadeia econômica de produtos e serviços (CC, art. 267; CDC, arts. 7º, parágrafo único; 12; 14; 18; 19; 20) e na obrigação de indenizar não apenas os consumidores contratantes, mas também as demais vítimas do acidente de consumo (CDC, art. 17).

Por fim, cumpre observar que o princípio da solidariedade social, como já destacado, impõe uma “ordem de cooperação”³⁰² balizada pelo *standard* ético jurídico da *boa-fé*

²⁹⁷ Trata-se do Enunciado n. 23, da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV.** Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 19).

²⁹⁸ Interesses metaindividuais (ou transindividuais), definidos no CDC, art. 81, parágrafo único, I e II, são, p. ex.: a) os interesses dos consumidores enquanto coletividade indeterminada de pessoas – CDC, arts. 2º, parágrafo único e 29; b) os interesses sociais na proteção de bens jurídicos ambientais – CDC, arts. 37, § 2º e 51, XIV.

²⁹⁹ Dispõe o Enunciado n. 360, da IV Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Op. cit.*, p. 73).

³⁰⁰ Nesse caso, a título exemplificativo, o interesse da pessoa que, diante da total insuficiência de recursos para pagar a remuneração (tarifa) do serviço público essencial, não pode ter suspensa a prestação do serviço contratado com o prestador (STJ. REsp. 684442/RS. 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.09.2005).

³⁰¹ Sobre o tema, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 276-277; SILVA, Luis Renato Ferreira da. 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. 158-164; MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 209-214.

³⁰² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 150.

*objetiva*³⁰³. Ao analisar-se a incidência da boa-fé objetiva, seja nas relações obrigacionais civis ou nas relações de consumo, não se pode esquecer de outro importante princípio constitucional que, juntamente com o princípio da solidariedade social, revela-se um dos fundamentos para “a interpretação (e o agir) conforme a boa-fé” e, nesse sentido, é também fundamento do próprio Direito do Consumidor. Trata-se do *princípio da confiança*³⁰⁴.

Considerado um princípio constitucional *implícito* (CF, art. 5º, §2º)³⁰⁵ – na medida em que representa, ao lado do princípio da segurança jurídica, uma das condições essenciais para a convivência social³⁰⁶ - o princípio da confiança revela-se um dos fundamentos essenciais de toda a ordem jurídica³⁰⁷, incidindo não apenas nas relações obrigacionais privadas, como também nas relações entre particulares e Administração Pública³⁰⁸.

³⁰³ Sobre o tema, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 427 et. seq. No Direito do Consumidor, esse *standard* ético jurídico constitui-se em critério de interpretação do chamado princípio do equilíbrio (ou “equilíbrio mínimo”) da relação de consumo, previsto expressamente no CDC, art. 4º, III. Esse tema, como já observado, será objeto de análise no Capítulo 2 (subitem 2.2.1).

³⁰⁴ Sobre o tema, na doutrina alemã, v. LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993, p. 90-98 e; *Idem*. **Derecho de Obligaciones**. t. I. Trad. Jaime S. Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958, p. 144-156. Na doutrina brasileira v., por todos: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. 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, outubro-dezembro de 2002, p. 169-225; MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. **Revista CEJ**. Brasília, n. 40, janeiro-março de 2008, p. 11-19. Sobre o tema, v. ainda MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 280-288 e; *Idem*. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e conjunto contratual. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 100, dezembro de 2005, p. 73-97.

³⁰⁵ MARTINS, Raphael Manhães. *Op. cit.*, p. 14.

³⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Introducción Darío Rodríguez Mansilia. México: Universidad Iberoamericana. 1996, p. 39-52. Com efeito, a relação entre a proteção da confiança e a preservação da segurança das relações sociais, sobretudo as relações privadas, é apresentada por Larenz, para quem “...la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico internidividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho” (LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993, p. 91).

³⁰⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. 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, outubro-dezembro de 2002, p. 177. Segundo o jurista: “A confiança é um fato, é um valor e também uma estrutura normativa, quando considerada como princípio jurídico” (*Ibidem*, p. 180).

³⁰⁸ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 96. Sobre a incidência do princípio da confiança nas relações entre Administração Pública e administrados, v. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 237, julho-setembro de 2004; MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2006 e; MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 22, setembro de 2002.

Como observa Carneiro da Frada

Na verdade, cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacíficas, isto é, da paz jurídica (...). A observação da realidade demonstra também que a interação humana requer um mínimo de confiança. Sem ela, não se empreende. O Direito é, ele mesmo, no conjunto dos elementos que o compõem, um factor imprescindível de confiança. Desta perspectiva, as acções levadas a cabo pelos sujeitos têm – e hão-de poder encontrar – nele um referencial de confiança³⁰⁹.

Assim sendo, entende-se que a proteção da confiança representa, em sentido geral, a necessária tutela que a ordem jurídica confere a situações jurídicas conhecidas como *expectativas legítimas*³¹⁰.

No campo das relações obrigacionais, sobretudo nas de natureza contratual, pode-se afirmar que

...existem expectativas recíprocas e complementares que influenciam na definição das obrigações contratuais. As expectativas recíprocas e complementares consistem justamente na confiança que cada uma das partes de um contrato tem em relação ao comportamento da outra, razão determinante da incidência do princípio da confiança³¹¹.

Tal afirmação revela que o princípio da confiança é fundamento jurídico em qualquer espécie de relação contratual, na medida em que incide tanto nas relações onde há significativo equilíbrio de forças (como ocorre em contratos paritários), quanto nas relações marcadas pelo desequilíbrio estrutural, como nas relações contratuais massificadas³¹².

³⁰⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 19 e 346. No mesmo sentido, observa Larenz: “El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de outro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica” (LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 91).

³¹⁰ Na doutrina portuguesa, v. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 345 *et seq.* Na doutrina brasileira, observa Branco: “Expectativas legítimas, portanto, são o nome que se atribui a uma relação jurídica específica, nascida de atos e fatos que não se enquadram dentro da tradicional classificação das fontes das obrigações, mas que, em razão da necessidade de proteção da confiança, produzem uma eficácia específica (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. 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, outubro-dezembro de 2002, p. 179).

³¹¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 189. Segundo Marques “A teoria da confiança, como já mencionamos anteriormente, pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 281).

³¹² Sobre o tema, v. ainda WEINGARTEN, Celia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 33, 2000, p. 33-50.

A propósito da massificação contratual, ensina Roppo que os “processos de objetivação” do contrato, reflexos da consolidação de uma sociedade massificada de produção e consumo no século XX, justificam, em grande medida, a relevância assumida pela proteção de confiança no Direito contemporâneo (pós moderno)³¹³. A “objetivação” referida pelo jurista italiano (e que também ocorreu no âmbito da responsabilidade civil) representa movimento de redução da importância atribuída, no Direito moderno, a elementos subjetivos – ligados à intencionalidade das condutas e necessários à configuração dos próprios institutos da responsabilidade civil e do contrato³¹⁴ - e, ao mesmo tempo, o reconhecimento jurídico das relações obrigacionais provenientes de “comportamentos sociais típicos”³¹⁵ e a valorização de demais aspectos objetivos, relacionados à produção dos efeitos da relação jurídica e, principalmente, à manutenção do *sinagma*³¹⁶ enquanto fator de justiça contratual³¹⁷ no contexto da sociedade massificada de produção e consumo.

Assim sendo, a confiança pode ser compreendida como “termo teleológico das normas jurídicas em especial”³¹⁸, componente fundamental de certo *fin jurídico* que se pretende alcançar com a tutela das legítimas (justas e úteis) expectativas de determinados grupos sociais por meio de um regime jurídico especial (no caso do presente trabalho, a finalidade de *proteção da parte mais fraca* pelo especial regime jurídico do *Direito do Consumidor*). Como ensina Carneiro da Frada:

³¹³ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 297-311.

³¹⁴ Assim, no âmbito da responsabilidade civil, tem-se a importância da *culpa*; e no âmbito do contrato, a importância da *vontade*. Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

³¹⁵ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. **Revista DireitoGV**. São Paulo, v. 2 (n.1), janeiro-junho de 2006, p. 55-64. Com efeito, esse comportamento refere-se ao “contato social” estabelecido entre sujeitos com uma finalidade negocial. Não cabe, porém, apreciá-lo nos mesmos moldes tradicionais de uma declaração de vontade tendente à conclusão de um contrato, sobretudo no contexto das contratações massificadas. Sobre o tema, na doutrina italiana, v., por todos: ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 303-304. Na doutrina brasileira, v., por todos: GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 88.

³¹⁶ A relação entre a proteção da confiança (expectativas legítimas) dos consumidores e o conceito de *sinagma* enquanto característica fundamental da relação de consumo será aprofundada na sequência (Capítulo 1, subitem 1.2.3).

³¹⁷ Segundo Martins “...a noção de justiça contratual guarda espaço bem mais amplo que a reservada ao equilíbrio contratual, já que, enquanto este se liga mais a uma ótica de intercâmbio de prestações, aquela se reveste de um julgamento ético, que absorve o sentido mercadológico” (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 21). Sobre o tema, v. ainda ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 44-56.

³¹⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 361.

...é forçoso reconhecer-se que aquilo que se apresenta na realidade como teleologia de uma disposição apenas poderá ser a pura objectividade do mérito que uma certa confiança receba *abstractamente* da ordem jurídica, *atentos determinados factores que constituem, esses sim, derradeiramente, a autêntica justificação da regulação jurídica*. A decisão de *institucionalizar* expectativas persegue então, na realidade, escopos que se situam *para além da pura e simples tutela das expectativas*: por exemplo, a institucionalização de quadros de segurança e fluidez no tráfico jurídico, a protecção da parte mais fraca, a justiça ou o equilíbrio das prestações contratuais...³¹⁹.

Nesse sentido, a confiança, enquanto fato e valor juridicamente relevantes, integra-se a teleologia própria do *Direito do Consumidor* (identificação e protecção do sujeito vulnerável no mercado de consumo – CDC, art. 4º, I)³²⁰ a fim de tutelar as expectativas legítimas dos consumidores em relação aos comportamentos exercidos pelos fornecedores (apresentação de um produto ou serviço, o conteúdo da informação que o consumidor recebeu, a aparência de segurança e confiabilidade no produto/serviço³²¹ e na estrutura/contéudo da contratação etc.). Deve-se proteger, sobretudo, a legítima expectativa daqueles que, pela posição jurídica ocupada no mercado de consumo, não têm poder diretivo algum nesse processo³²² e se veem obrigados a confiar na aparência das informações³²³, da apresentação dos produtos e serviços e do próprio sistema de contratação ofertados no mercado³²⁴ (a chamada “oferta como aparência e aceitação baseada na confiança”)³²⁵.

³¹⁹ ³¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 361-362.

³²⁰ O conceito de vulnerabilidade e o princípio da vulnerabilidade dos consumidores em razão do desequilíbrio estrutural da relação de consumo (CDC, art. 4º, I) será analisado no Capítulo 2 (subitem 2.1).

³²¹ Nesse sentido, dispõe o CDC em seus arts. 12, §1º: O produto é considerado defeituoso quando não oferece a segurança que dele *legitimamente se espera*, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, dentre as quais: I – *sua apresentação*; II- *os riscos que razoavelmente dele se esperam*; III- a época em que foi colocado em circulação – (grifou-se). Para Cavalieri Filho, encontra-se aqui o chamado *princípio da segurança* (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 43-45), norma fundamental para imputação de responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo. *Data maxima venia*, a segurança parece ser, antes, o valor tutelado pela norma que, em razão das expressões grifadas (supra), visa proteger a *confiança* dos consumidores na aparência de segurança do produto, levando-se em conta, p. ex., a maneira como foi apresentado pelo fornecedor. Logo, o princípio de maior importância parece ser, nesse contexto normativo, o da *confiança*.

³²² COMPARATO, Fábio Konder. A protecção do consumidor: importante capítulo de direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 79, n. 79, p. 27-46, janeiro-março de 2011, p. 28-29.

³²³ Vale dizer que a *transparência* no mercado de consumo é diretriz (norma-objetivo) expressa no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, *caput*), sendo realizada pelo cumprimento do dever de prestar *informações* claras e adequadas, imposto aos fornecedores (CDC, art. 6º, III). Assim, a protecção da confiança no Direito do Consumidor está associada, em grande parte, ao grau de transparência (qualidade da informação) no mercado de consumo. Sobre o tema, v., por todos: FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 68-70 e 117-120.

³²⁴ Gerson Branco, em interessante análise, demonstra bem a necessidade de protecção jurídica da confiança depositada pelo consumidor contemporâneo na aparência das informações, bens e serviços ofertados no mercado de consumo: “No início do século XX qualquer pessoa que celebrasse um contrato de transporte tinha consciência exata das conseqüências fáticas de tal contrato. Provavelmente examinaria o cavalo, a carroça ou outro veículo que iria lhe transportar e poderia emitir um parecer sobre as condições de tal transporte. O mesmo não acontece quando o homem contemporâneo entra em um avião. O passageiro só tem uma alternativa: confiar que todo o sistema tecnológico e as pessoas que estão trabalhando vão agir conforme o previsto” (BRANCO,

A propósito desse quadro (necessidade dos consumidores *confiarem* na atuação dos fornecedores), importa a reflexão de Marques segundo a qual a sociedade contemporânea de consumo (pós moderna e “hipercomplexa”) vive atualmente um momento de “*crise da confiança*”³²⁶, não apenas nos comportamentos do sujeito em posição jurídica dominante (o fornecedor/cadeia de fornecimento)³²⁷, mas também na própria efetividade do Direito e das instituições de tutela dos consumidores³²⁸, sendo oportuna a afirmação de Miragem, segundo o qual

...a proteção da confiança, em nosso sistema, constitui-se tanto na confiança em relação ao comportamento do outro sujeito da relação jurídica quanto na confiança da efetividade do próprio ordenamento jurídico, implicando a sanção pelo comportamento que viole suas normas, bem como a adequação finalística de seus preceitos, em relação às situações sobre as quais devem incidir³²⁹.

Em outros termos, pode-se dizer que o princípio da confiança refere-se – sobretudo nas relações marcadas pelo desequilíbrio estrutural de posições jurídicas – à proteção da expectativa da parte mais fraca em relação conduta daquele que ocupa a posição dominante (confiança *relacional*) e, indo além, projeta-se no campo das expectativas sociais em relação à própria *efetividade do sistema jurídico*³³⁰. Assim, percebe-se que nas relações de consumo são absolutamente complementares as duas projeções do princípio da confiança, de modo que a proteção dos interesses/direitos dos consumidores condiciona-se não apenas à satisfação de suas expectativas em relação aos produtos e serviços, como também a capacidade do sistema jurídico ser efetivo em caso de violação de tais interesses/direitos³³¹. Há, portanto, uma

Gerson Luiz Carlos. 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, outubro-dezembro de 2002, p. 189-190).

³²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 39 *et seq.*

³²⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 187-210.

³²⁷ *Ibidem*, p. 190. Miragem, a propósito, refere acerca da “...crise da confiança pela qual passa a sociedade de informação, cuja hipercomplexidade e hiperinformação dão conta de uma ruptura na crença em comportamentos tradicionais, em comportamentos padrões, reclamando-se a necessidade de estabelecimento da garantia de aplicação e efetividade do direito” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 199).

³²⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 195. Em relação a essa crise de confiança no Direito, observa a eminente jurista que “No Brasil, esta desconfiança generalizada pode estar ligada às insuficiências de nossa dogmática ou da forma como interpretamos, aplicamos e concretizamos nossas normas de direito privado” (*Ibidem*, p. 195).

³²⁹ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 159.

³³⁰ Nesse sentido, v. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 245.

³³¹ Assim é que o objetivo geral do atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor apresenta-se, segundo a comissão de juristas responsável pela atualização, como um “reforço tridimensional do

situação que representa grande desafio para a ordem jurídica e, de modo particular, para o Direito do Consumidor e suas instituições de proteção: garantir graus satisfatórios de proteção da confiança dos consumidores no mercado de consumo, sendo, ele próprio, fator de confiança (credibilidade) social, pois como ensina Pasqualotto “Enquanto as garantias legais infundem confiança ao cidadão, a falta de efetividade da lei constitui quebra da promessa”³³².

Na lição de Marques, o princípio da confiança, em sua projeção *relacional*, incide como fundamento do Direito do Consumidor a partir de dois aspectos: a confiança *no vínculo contratual* (proteção da confiança como equilíbrio do contrato e controle das situações de abusividade) e a confiança *na prestação contratual* (proteção de confiança como garantia de adequação e de segurança dos produtos e serviços ofertados no mercado)³³³. Por detrás desses aspectos está a ideia de *cooperação* entre os sujeitos da relação, sobretudo a do contratante mais forte (o fornecedor, profissional, *expert*) em relação ao mais fraco (o consumidor, não profissional, leigo)³³⁴.

Vale dizer, portanto, que na ideia de *cooperação* entrelaçam-se os princípios constitucionais da confiança e da solidariedade social, cuja concretização (densificação), em grande medida, se dá por meio da *clausula geral de boa-fé objetiva*³³⁵. A propósito da relação entre confiança e boa-fé, observa Gerson Branco:

Princípio da confiança e boa-fé não se confundem (...) a boa-fé tem sido utilizada pela jurisprudência como um instrumento de reenvio a outros princípios e valores, entre eles o próprio princípio da confiança (...) O âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a

CDC”, destacando-se aqui o reforço da “base da confiança, efetividade e segurança jurídica” (BENJAMIN, Antonio Herman V. *et al.* **Relatório-Geral**. Comissão de Juristas de Atualização do CDC (Extrato). Brasília: Senado Federal. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em 26 nov. 2012, p. 21-26). Na Parte II (Capítulo 4, subitem 4.3) serão apresentadas breves considerações acerca do processo de atualização do CDC.

³³² PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 66.

³³³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 281-282.

³³⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. 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, outubro-dezembro de 2002, p. 222.

³³⁵ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993, p. 95-96. Em outra passagem, referiu o mestre alemão: “La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual” (*Idem*. **Derecho de Obligaciones**, p. 144). Na doutrina italiana, v. GALLO, Paolo. Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 2 (Anno XLVIII), marzo-aprile/2002, p. 252 *et seq.*

proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé, também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança (...). É correto afirmar a existência do *princípio da boa-fé*, mas é tecnicamente mais adequado tratar-se da cláusula geral da boa-fé, pois o princípio realizado por meio da aplicação concreta de tal cláusula geral é, por via de regra, o *princípio da confiança*³³⁶.

Como destacado pelo jurista “... a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança”³³⁷, mas com esta não se confunde. De outro modo, pode-se dizer que o princípio da confiança tem alcance maior do que a boa fé objetiva³³⁸, embora o cumprimento dos *deveres próprios* desta cláusula geral³³⁹ represente, em grande medida, a concretização do princípio da confiança nas relações de consumo, i. e., a satisfação das legítimas expectativas dos consumidores em relação ao “equilíbrio mínimo” da relação de consumo (CDC, art. 4º, III)³⁴⁰, caracterizado, sobretudo, pelo controle (e correção) das situações de abusividade nas práticas comerciais e cláusulas contratuais.

Portanto, e para concluir a análise do princípio da confiança no Direito do Consumidor, importa destacar a observação de Marques:

As expectativas legítimas são, igualmente, o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é objetivamente típica ou necessária para aquele tipo de contrato ou para que aquele contrato em especial possa se constituir em uma regulação sensata, com razoável distribuição de riscos. Este conjunto de motivações, de causas iniciais que representam as finalidades do negócio admitidas bilateralmente ou típicas daquela relação, são a base mínima (objetiva) da relação, do contrato de consumo. Excluídas aquelas circunstâncias, que fazem parte dos riscos contratuais típicos, excluídas as expectativas legítimas, que também são

³³⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. 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, outubro-dezembro de 2002, p. 184-185.

³³⁷ *Ibidem*, p. 184-185. Como bem observa Pasqualotto “A confiança tem raízes éticas que lhe conferem um conteúdo material a ser comunicado à boa-fé” (PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 65).

³³⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 208.

³³⁹ Os conhecidos deveres anexos (laterais ou instrumentais) próprios da boa-fé objetiva. Com efeito, há um grande número de deveres, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, e que se destinam a regular, pelo raciocínio típico e sistemático, as condutas dos sujeitos nas relações obrigacionais privadas. Martins-Costa apresenta um elenco exemplificativo dos mesmos, dentre os quais se pode destacar, por sua incidência nas relações obrigacionais de consumo: a) *deveres de cuidado, previdência e segurança*; b) *deveres de aviso e esclarecimento*; c) *deveres de informação*; d) *deveres de colaboração* e; e) *deveres de proteção e cuidado* (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 439).

³⁴⁰ A importância da boa-fé objetiva na funcionalização do conceito de “equilíbrio mínimo” da relação de consumo será objeto de análise no Capítulo 2 (subitem 2.2.1). Sobre a boa-fé objetiva no Direito do Consumidor (como princípio jurídico e cláusula geral), v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 642) e; MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 288-301.

denominadas “causas” ou fontes da confiança despertada no parceiro contratual mais fraco e devedor (*Vertrauensumstände*), o desequilíbrio da relação é flagrante³⁴¹.

Em suma: o Direito do Consumidor, pressuposto normativo da relação de consumo, é ramo jurídico dotado de considerável grau de autonomia na medida em que possui sistematização própria, por meio de lei com matriz (origem) constitucional (CF, art. 5º, XXXII) e de natureza “principlológica”, comprometida com a eficácia de importantes princípios constitucionais – defesa do consumidor (CF, art. 170, V), dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), igualdade (CF, art. 5º, *caput*), proporcionalidade (CF, art. 5º, §2º), solidariedade social (CF, art. 3º, I) e confiança (CF, art. 5º, §2º) – que são, ao mesmo tempo, o fundamento jurídico de sua existência.

Estabelecidos os pressupostos fático-normativos das relações de consumo, passa-se, a seguir, à análise de seus elementos constitutivos e de sua característica fundamental.

1.2. Relação jurídica de consumo: elementos constitutivos e característica fundamental

A relação jurídica de consumo, na lição de Pasqualotto, é relação jurídica *típica*³⁴², sendo o principal critério para a fixação do campo de aplicação (incidência) das normas de proteção dos consumidores (em especial, as do CDC), razão pela qual se faz necessário compreender seus elementos constitutivos (subjetivos e objetivos)³⁴³.

Contudo, deve-se desde já registrar que além da configuração dos elementos constitutivos da relação de consumo, a atual doutrina consumerista aponta para outro importante critério de fixação do campo de aplicação (incidência) das normas de proteção dos consumidores. Atenta ao comportamento da jurisprudência brasileira nos últimos anos (em especial, a do STJ), a doutrina considera insuficiente o critério que condiciona a aplicação do

³⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 291.

³⁴² PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 914). Sobre a distinção entre conceito e tipo, v. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 07-12.

³⁴³ Como ensina Bessa, a relação jurídica de consumo (com seus elementos constitutivos) é o *principal* critério para avaliar a possibilidade ou não de incidência do CDC a determinada relação social. No entanto, não é o único critério, como será visto a seguir (BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 48-54).

CDC à presença de todos os elementos constitutivos da relação de consumo em situações onde um dos sujeitos encontra-se em concreta *posição de vulnerabilidade*, mas lhe falta o enquadramento no suporte fático da definição legal de consumidor (CDC, art. 2º, *caput*³⁴⁴). Pondera, nesse sentido, que a presença da vulnerabilidade deve prevalecer sobre a ausência do elemento constitutivo subjetivo³⁴⁵ (no caso, o sujeito vulnerável que não se enquadra tecnicamente como um consumidor final)³⁴⁶.

Embora essa postura jurisprudencial represente apenas uma tendência do STJ na aplicação do CDC³⁴⁷, pode-se dizer que ela suscita um segundo esforço de análise acerca da relação jurídica de consumo. Com efeito, se a presença de uma posição concreta de vulnerabilidade é critério suficiente para aplicação analógica do CDC a determinadas relações que não seriam, por “estrita interpretação da lei”³⁴⁸, relações *de consumo*, isso significa que o intérprete encontrou, naquele fato, o aspecto que revela a necessária “identidade de razão jurídica” entre o modelo abstrato de relação de consumo e a concreta relação jurídica em que se encontra o sujeito vulnerável, porém não consumidor³⁴⁹.

Esse aspecto (ou razão jurídica), evidenciado na posição de vulnerabilidade de um dos sujeitos da relação jurídica, vem a ser a existência de um “desequilíbrio de posições jurídicas” e, como consequência, a necessidade de proteção da parte mais fraca. No Direito do Consumidor esse desequilíbrio é *estrutural* (intrínseco) à relação de consumo abstrata e concretamente considerada, o que justifica a necessidade de proteção *em todas* as situações jurídicas caracterizadas como relação de consumo; na concreta relação jurídica civil em que

³⁴⁴ A definição legal de consumidor será analisada na sequência (subitem 1.2.1).

³⁴⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 51, 54 e 59.

³⁴⁶ Marques denomina essa postura da jurisprudência do STJ de *finalismo aprofundado*: “Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente” (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 85).

³⁴⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 65-66.

³⁴⁸ Entenda-se a interpretação fixada apenas nos elementos da definição jurídica de consumidor (CDC, art. 2º, *caput*), em especial, na expressão “destinatário final”.

³⁴⁹ Segundo lição de Miguel Reale “A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito)” (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 296).

se aplicou o processo analógico, este se justifica tanto pela existência de desequilíbrio estrutural no modelo abstrato dessa relação – *e. g.* contratos de franquia empresarial (*franchising*)³⁵⁰ – quanto pela existência de desequilíbrio circunstancial (identificado nas especificidades da relação jurídica concreta).

É fundamental, portanto, que o estudo da relação jurídica de consumo não se restrinja a mera apresentação dos seus elementos constitutivos, mas envolva um segundo esforço de análise a respeito: a) da compreensão do *sinalagma* enquanto característica fundamental dessa relação jurídica³⁵¹ e; b) da compreensão do conceito (e princípio) da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo (CDC, art. 4º, I)³⁵². Com efeito, entende-se que sem esse esforço não se pode apreender adequadamente a realidade do “desequilíbrio de posições jurídicas” (desequilíbrio estrutural) presente na relação jurídica de consumo e, de modo abstrato ou circunstancial, em outras relações obrigacionais civis.

Como será visto adiante, entende-se que o desequilíbrio estrutural da relação de consumo compõe o próprio sinalagma desta relação e, desse modo, representa não apenas um critério para a justificada extensão do campo de aplicação do CDC, mas também um critério distintivo entre situações que caracterizam um desequilíbrio “reconhecido e tolerável pela ordem jurídica” e aquelas que evidenciam um *desequilíbrio* “além do tolerável”, *i. e.*, um desequilíbrio *excessivo* da relação de consumo³⁵³.

³⁵⁰ Nessas relações contratuais civis (natureza mercantil/empresarial) a empresa franqueadora tem direito de estabelecer unilateralmente as condições gerais da contratação, caracterizando-se, nesse aspecto, a existência do desequilíbrio estrutural de posições jurídicas. Contudo, observa Pasqualotto que a existência do desequilíbrio estrutural da relação não pode, por si só, levar a uma equiparação absoluta com a relação de consumo, pois “... se é verdade que tanto o consumidor quanto a empresa débil se sujeitam a cláusulas predispostas, esta, ao contrário daquele, em alguns casos é credora de informações pré-contratuais consistentes, como nos contratos de *franchising*, e é sempre conhecedora do mercado em que atua” (PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 924). No mesmo sentido, manifesta-se Claudia Lima Marques: “Parece-me que podemos aceitar, no máximo, a contratação por adesão intercomercial apenas como um indício de vulnerabilidade, nunca uma presunção (relativa ou absoluta), sob pena de destruímos – com a banalização e a injustiça dos resultados concretos dessa conclusão – o sistema de proteção dos diferentes, dos verdadeiramente mais fracos, o CDC” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 336).

³⁵¹ O tema será abordado na sequência (subitem 1.2.3).

³⁵² O tema será abordado no Capítulo 2 (subitem 2.1).

³⁵³ O tema será abordado no Capítulo 2 (subitem 2.2).

1.2.1. Elementos subjetivos: os sujeitos

A relação jurídica de consumo, abstrata ou concretamente considerada³⁵⁴, manifesta-se a partir dos seus elementos constitutivos, de natureza subjetiva (os sujeitos que se vinculam) e objetiva (os objetos, mediatos e imediatos, da vinculação). Deve-se ter presente, porém, que sendo tipificada e regulada por microssistema jurídico criado para a proteção *do consumidor* (CF, art. 5º, XXXII), a relação de consumo destaca-se mais pelo elemento subjetivo – notadamente, pela presença do *consumidor* enquanto sujeito que ocupa a posição jurídica de vulnerabilidade no mercado – do que pelo elemento objetivo, cuja análise ganha em importância na medida em que não se desvirtua da finalidade maior desse microssistema jurídico: a identificação e proteção do sujeito vulnerável³⁵⁵.

A primeira fase pela qual passou o Direito do Consumidor no Brasil pode ser compreendida como o momento de formação da efetividade do CDC na sociedade brasileira³⁵⁶. A nova lei passou a regular, a partir de março de 1991 (data do início de sua vigência), o especial campo das relações de consumo até então regido pelo sistema geral do direito privado, representado pelo Código Civil de 1916³⁵⁷ que se fundamentava em “concepção individualista do direito”³⁵⁸, típica da modernidade jurídica (anterior a sociedade

³⁵⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. V. I. (Sujeitos e Objecto). 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina. 1972, p. 03-04.

³⁵⁵ Nesse sentido, a observação precisa de Adalberto Paqualotto: “No direito do consumidor, há uma relação jurídica típica, a relação jurídica de consumo. O que a peculiariza entre as demais relações jurídicas são os seus sujeitos, não o objeto. Tratando-se de um direito especial, o direito do consumidor é centrado na figura da pessoa que ele busca proteger” (PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 913).

³⁵⁶ Acredita-se que, de certo modo, essa primeira fase já se esgotou, pois o CDC consolidou na sociedade brasileira um grau satisfatório de efetividade, sobretudo no campo da tutela civil, constituída pelos seguintes temas: a) prevenção (CDC, art. 6º, I, III, VI, VII, VIII e X c/c os arts. 8º a 10) e repressão de danos extrapatrimoniais (CDC, art. 6º, I, III, VI, VII, VIII e X c/c os arts. 12 a 17 e art. 27) e patrimoniais (CDC, art. 6º, I, III, VI, VII, VIII e X c/c os arts. 18 a 26); b) desconsideração da personalidade jurídica da empresa fornecedora para a satisfação dos direitos dos consumidores (CDC, art. 6º, VI, VII, VIII c/c o art. 28) e; c) coibição de abusos no mercado de consumo (art. 6º, I a X c/c os arts. 29 a 54). Nesse sentido, entende-se que a proteção jurídica dos consumidores passa por uma nova fase, não apenas no Brasil, mas em praticamente todos os atuais sistemas jurídicos nacionais e comunitários (a exemplo da CEE), onde a efetividade dos sistemas jurídicos de proteção dos consumidores é desafiada pelas características da sociedade globalizada da informação e pelo fenômeno da “democratização do acesso ao crédito”. Assim, parece significativo desse novo momento do Direito do Consumidor a existência do processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor em temas como o “comércio eletrônico” (PLS Nº 281/2012) e a prevenção do “superendividamento” do consumidor pessoa física (PLS Nº 283/2012). Sobre o tema, v. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. *et al.* **Relatório-Geral**. Comissão de Juristas de Atualização do CDC (Extrato). Brasília: Senado Federal. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em 26 nov. 2012.

³⁵⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 100-101.

³⁵⁸ Sobre o tema, v. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 71.

de consumo contemporânea)³⁵⁹. O CDC representou, portanto, “...verdadeira *revolução* no Direito brasileiro”³⁶⁰, na medida em que trouxe a reconfiguração legislativa de institutos jurídicos fundamentais do direito privado como o *contrato* e a *responsabilidade civil*. Naquele contexto, era significativa a diferença entre a nova lei (pós moderna, ajustada aos desafios da contemporaneidade) e o antigo Código que se tornou, a partir da edição e vigência do CDC, a lei destinada a regular (e proteger) os “não consumidores” nas relações obrigacionais civis.

A consequência desse descompasso histórico e qualitativo entre os dois sistemas jurídicos era previsível: todos os agentes econômicos, quando lesados em suas relações comerciais, passariam a invocar a condição de consumidores para obter os benefícios da lei protetiva³⁶¹. Nesse sentido, e para evitar que o CDC deixasse de realizar sua função no sistema jurídico brasileiro, de identificar e proteger o sujeito vulnerável nas relações de consumo³⁶² (CF, art. 5º, XXXII c/c CDC, art. 4º, I), o legislador optou por definir os elementos constitutivos da relação de consumo, destacando-se a definição do sujeito constitucionalmente identificado como titular da especial tutela jurídica no CDC³⁶³.

³⁵⁹ Vale lembrar que a sociedade brasileira no início do Século XX, quando entrou em vigor o primeiro Código Civil, ainda não havia experimentado as transformações provocadas pela revolução industrial e pelo advento da sociedade (cultura) do consumo de massa, realidades já existentes em boa parte da Europa e nos Estados Unidos. Sobre o tema, v. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 129-130.

³⁶⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 112.

³⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 346. Convém notar que esse quadro permaneceu até a revogação do Código Civil de 1916 pela edição e vigência do Código de 2002. Com efeito, a proteção dos contratantes civis em posição de maior fragilidade na relação jurídica interempresarial (duas empresas) ou na relação civil não empresarial (dois particulares) passou a ocorrer pelas normas do novo Código, como as cláusulas gerais de função social do contrato (art. 421), de boa fé objetiva (art. 422), de interpretação mais favorável ao contratante aderente (art. 423) etc. A propósito, estabelece o Enunciado n. 167 da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 46).

³⁶² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 337.

³⁶³ Como ensina Benjamin “É a definição de consumidor que estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado e, por esta via, os limites de aplicabilidade do Direito especial” (BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 939). Sobre a definição jurídica de consumidor no CDC, v., por todos: *Idem*. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 112-114; MARQUES Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 302 et. seq; BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 54-87 e; ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 45, janeiro-março de 2003, p. 172-176.

A definição padrão³⁶⁴ (*standard*³⁶⁵ ou *stricto sensu*³⁶⁶) de consumidor (CDC, art. 2º, *caput*)³⁶⁷ reúne três elementos fundamentais. O primeiro (*elemento subjetivo*) diz respeito à pessoa consumidora, pelo que o consumidor, no direito brasileiro, pode ser uma *pessoa física* ou *jurídica*³⁶⁸; o segundo (*elemento objetivo*) diz respeito ao ato de consumo realizado pela pessoa consumidora (aquisição ou utilização de produto ou serviço); por fim, o terceiro elemento (*teleológico*), corresponde à *finalidade* do ato de consumo: consumidor é o *destinatário final* do produto ou serviço³⁶⁹.

Em torno dessa definição legal, em especial quanto ao seu elemento teleológico, desenvolveu-se a conhecida divergência doutrinária entre os *maximalistas*, adeptos de uma interpretação mais objetiva e extensiva do CDC – compreendido como um “código do mercado”³⁷⁰, aplicável na proteção de todos os adquirentes ou utentes de produtos ou serviços no mercado de consumo – e os *finalistas*, adeptos de uma interpretação mais subjetiva e restritiva do Código³⁷¹, na qual o consumidor só poderia ser aquele que, não obstante o fato de adquirir ou utilizar produto ou serviço no mercado (*destinação fática*) o fizesse, quando pessoa física, para uso próprio ou de sua família e quando pessoa jurídica, fora de sua área de *expertise*, sem a finalidade lucrativa, i. e., a intenção de reintegrar o produto ou serviço na cadeia produtiva (*destinação econômica*)³⁷².

³⁶⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 55; ZANELLATO, Marco Antonio. *Op. cit.*, p. 172.

³⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 119.

³⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005., p. 302.

³⁶⁷ Dispõe o CDC, art. 2º, *caput*: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

³⁶⁸ Vale aqui o registro de que a definição de consumidor prevista no CDC não reflete a tendência de outros importantes sistemas jurídicos da família *civil law*. Assim, observa Marques que “...na Alemanha, de um lado o §13 do BGB-Reformado define consumidor como a *pessoa física* que ‘conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional’” (MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 310).

³⁶⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito...*cit.*, p. 939-940.

³⁷⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 905.

³⁷¹ Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 302-305; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 127-131; PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 903-912 e; BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 55-57.

³⁷² A tese finalista é também resultado das experiências jurídicas do direito comparado. Assim, a análise do professor Thierry Bourgoignie (Bélgica) traz importantes argumentos em defesa de uma concepção mais subjetiva da figura do consumidor (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. Trad. Maria Henriqueta A. F. Lobo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 06, abril-junho de 1993, p. 08).

A divergência doutrinária, como não poderia deixar de ser, refletiu-se na jurisprudência, sobretudo a do STJ³⁷³. E se na primeira década de vigência do CDC houve predomínio da corrente maximalista³⁷⁴ (motivado, em grande parte, pelo já citado descompasso histórico e qualitativo entre CDC e Código Civil de 1916)³⁷⁵, verificou-se, a partir de meados da década seguinte, uma mudança de posicionamento³⁷⁶ que resultou no predomínio atual da corrente finalista, embora sob duas variantes: o finalismo *tradicional*, apegado à necessidade da presença, no caso concreto, do elemento teleológico da definição de consumidor (o “destinatário final”)³⁷⁷; e o finalismo *aprofundado*, voltado, como regra geral, à proteção do destinatário final e, excepcionalmente, daqueles que, não gozando dessa qualidade (em especial, as pessoas jurídicas), apresentem posição concreta de vulnerabilidade que, pelas circunstâncias do caso, justifique a incidência das normas protetivas do CDC³⁷⁸.

A proteção jurídica do CDC, além do consumidor padrão (ou *stricto sensu*), estende-se também aos consumidores *equiparados* (CDC, arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29)³⁷⁹, i. e., a categorias de pessoas que *a priori* não se enquadram na definição padrão de consumidor³⁸⁰, compreendido como *contratante*³⁸¹ da aquisição ou utilização de produto ou serviço para *destinação final* (CDC, art. 2º, *caput*)³⁸².

³⁷³ Sobre o papel do Superior Tribunal de Justiça na construção de jurisprudência consumerista v., por todos: BENETI, Sidnei. O “fator STJ” no direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 79, julho-setembro de 2011, p. 11-44.

³⁷⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 905-906.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 905.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 907-909. Com efeito, o jurista afirma que a tendência maximalista na jurisprudência do STJ encerrou-se a partir do ano de 2004 e cita *leading case* (RESp 541.867/BA, 2ª Seção, j. 10.11.2004, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, rel. para o acórdão Min. Barros Monteiro) que inaugura o começo da mudança de posicionamento do Tribunal, i. e, a mudança para a teoria finalista (*Ibidem*, p. 907-908).

³⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 338-339.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 347 *et. seq.* Sobre o finalismo *aprofundado*, v. ainda: MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 127-135 e; BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 66.

³⁷⁹ Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 353 *et seq.*

³⁸⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 67. Ocorre que esse entendimento não é unânime. Assim, em sentido contrário, v. ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 45, janeiro-março de 2003, p. 175.

³⁸¹ Ocorre que a noção de *ato de consumo* (elemento objetivo da definição padrão de consumidor) pressupõe, como regra geral, a existência de uma relação *contratual*, quase sempre *por adesão* (CDC, art. 54, *caput*). A propósito, v. BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 943.

³⁸² Segundo interessante argumento de Benjamin essas definições de consumidor por equiparação - em especial as dos arts. 17 e 29 - acabam por tornar *residual* a definição padrão, na medida em que os elementos que a

Assim sendo, a primeira definição de consumidor equiparado (CDC, art. 2º, parágrafo único)³⁸³, referindo-se a “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis”, tem a função de enunciar genericamente os titulares da tutela *coletiva* de direitos a que também se propõe o CDC. É, portanto, “...norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código”³⁸⁴, mas sobretudo aos que tratam da tutela coletiva dos direitos dos consumidores³⁸⁵, sejam estes de natureza transindividual (CDC, art. 81, parágrafo único, I e II) ou individual homogênea (CDC, art. 81, parágrafo único, III)³⁸⁶. Além disso, cumpre observar que a “intervenção” dessa coletividade nas relações de consumo – referida no dispositivo legal em comento como justificadora da tutela jurídica do CDC – não necessita ser, como ocorre na figura do consumidor padrão, a realização de efetivo ato de consumo (aquisição ou utilização efetiva de produto ou serviço), pois é suficiente a mera sujeição (exposição) dos consumidores às práticas dos fornecedores no mercado de consumo³⁸⁷. Essa orientação, como será visto na sequência, vai influenciar a interpretação acerca das outras definições de consumidores equiparados, que são mais específicas.

Nesse sentido, a equiparação prevista no art. 17³⁸⁸ está relacionada especificamente ao tema da responsabilidade civil dos fornecedores por produtos ou serviços defeituosos (CDC, arts. 12 a 17 e 27)³⁸⁹. A finalidade dessa norma equiparadora é estender os efeitos da responsabilidade civil não apenas aos consumidores destinatários finais (CDC, art. 2º, *caput*) mas a todas as pessoas que, uma vez expostas à situação de risco gerada pela atividade do fornecedor, acabam lesadas pelo acidente de consumo, fruto do produto ou serviço

compõem (em especial o teleológico) só se aplicam a poucas situações onde não é possível a incidência das normas equiparadoras (*Idem*. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 113).

³⁸³ Dispõe o CDC, art. 2º, parágrafo único: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

³⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 356.

³⁸⁵ Sobre o tema: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 34-35 e; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 122.

³⁸⁶ Sobre o tema v., por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Op. cit.*, p. 737 *et seq.* e; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Direito Processual. 1ªed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 51 *et seq.* e; TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. Direito Material e Processual. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 533 *et seq.*

³⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 122.

³⁸⁸ Dispõe o CDC, art. 17: “Para os efeitos desta seção [Seção II – Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço], equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

³⁸⁹ Sobre o tema, v., por todos: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

defeituoso³⁹⁰. Assim, as “vítimas do evento” (*bystanders*), apesar de estranhas à relação contratual entre fornecedor e consumidores *stricto sensu*, não podem ser compreendidas como “terceiros”, pois a equiparação as torna consumidoras, i. e., sujeitos da relação jurídica cujo fato gerador não é propriamente uma relação contratual³⁹¹, mas um “comportamento social típico”³⁹² (ou, como ensina Pasqualotto, um “contato social de consumo”³⁹³), caracterizado pela situação de exposição (risco) ao acidente de consumo. Em outros termos, vale dizer que o art. 17 (como também o art. 29) realiza o que Marques denomina a “superação do *status* de terceiro”³⁹⁴, pois “...a preocupação da lei é antes com o alto caráter ofensivo e danoso da atividade (risco) do que com a identificação do elemento subjetivo da relação jurídica”³⁹⁵.

A mesma linha de raciocínio está presente na equiparação prevista no art. 29³⁹⁶, embora sua incidência ocorra em situações distintas da responsabilidade civil (destina-se à proteção dos consumidores contra a atuação abusiva dos fornecedores no mercado de consumo, por meio de práticas pré ou pós-contratuais, ou pelo próprio conteúdo contratual abusivo - CDC, arts. 30 a 54)³⁹⁷. Vale dizer que a função da norma equiparadora também é

³⁹⁰ Vale lembrar que sendo *objetiva*, como regra, a responsabilidade civil nas relações de consumo, fundamenta-se, em última instância, nos já examinados princípios constitucionais da *solidariedade social* e da *confiança*, que implicam uma justa distribuição dos riscos na sociedade de consumo contemporânea. Sobre o tema, v. LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, janeiro-março de 2002, p. 147.

³⁹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 70.

³⁹² O tema foi abordado no Capítulo 1 (subitem 1.1.2), quando da análise dos fundamentos do Direito do Consumidor (em especial, a análise do princípio da confiança). Sobre o tema, v. LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. **Revista DireitoGV**. São Paulo, v. 2 (n.1), janeiro-junho de 2006, p. 55-64 e; ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 303-304. Na doutrina brasileira, v., COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky. 1976, p. 88-92 e; GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 88.

³⁹³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 182. Sobre o tema, v. ainda: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 197 a 199 e; CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 66-68.

³⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 353). Ver ainda: *Idem*. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 18, 2000, p. 48-53.

³⁹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 71. Ocorre que o CDC estabelece “compreensão unitária” da responsabilidade civil, realizando a superação da tradicional dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Sobre o tema, v. MARQUES, Cláudia Lima. Proposta... *cit.*, p. 58-60.

³⁹⁶ Dispõe o CDC, art. 29: “Para fins deste Capítulo e do seguinte [Capítulo V – Das Práticas Comerciais; Capítulo VI – Da Proteção Contratual], equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

³⁹⁷ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 709 *et seq.*; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 190 *et seq.*; SCHMITT,

extensiva, i. e., pretende alcançar sujeitos que, mesmo dispersos em uma coletividade indeterminável de pessoas, possam ser protegidos pelas normas do Código, mais em razão da posição de vulnerabilidade que apresentam do que pela caracterização típica de consumidores como “destinatários finais” do produto ou serviço (CDC, art. 2º, *caput*)³⁹⁸.

Assim sendo, se a definição prevista no art. 29 – considerada, pela extensão dos fatos objeto de sua incidência, “...tão ou mais importante do que o conceito de consumidor do art. 2º”³⁹⁹ - fundamentou, na primeira década de vigência do CDC, a possibilidade de aplicação desta lei para proteger indiscriminadamente as pessoas jurídicas “destinatárias finais fáticas” de produtos e serviços (doutrina maximalista)⁴⁰⁰, é atualmente invocada como norma justificadora de um *finalismo aprofundado*⁴⁰¹, compreendida como verdadeira “cláusula de analogia”⁴⁰², pela qual se concede aplicação *excepcional* do CDC⁴⁰³ às pessoas físicas e jurídicas que, no caso concreto, estejam em comprovada situação de vulnerabilidade perante o outro agente econômico⁴⁰⁴, ainda que sua posição jurídica não se enquadre no suporte fático do art. 2º, *caput*, CDC, i. e., que não sejam “destinatárias finais” (fáticas e econômicas) do produto ou serviço⁴⁰⁵.

Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 93 *et seq.*; BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor**. Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 33 *et seq.*; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 127 *et seq.* e; FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 112 *et seq.*

³⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 124.

³⁹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 81.

⁴⁰⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 930.

⁴⁰¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 347 *et seq.*

⁴⁰² PASQUALOTTO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 932. Na feliz expressão do jurista gaúcho, o art. 29 do CDC “...é o portal dos vulneráveis não consumidores” (*Ibidem*, p. 930).

⁴⁰³ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 337.

⁴⁰⁴ Veja-se, como exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Processual civil e consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência fática, técnica ou econômica. Nesta hipótese está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido” (STJ. REsp 1080719/MG. rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 10.02.2009).

⁴⁰⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. *Op. cit.*, p. 931). No mesmo sentido, v. BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 84 e 87. Em sentido contrário aos juristas citados – i. e., defendendo posição segundo a qual o art. 29 deve ser aplicado apenas aos “destinatários finais” do art. 2º - v. ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o

Resumindo, a interpretação que atualmente vem se colocando como tendência na jurisprudência brasileira (sobretudo no STJ)⁴⁰⁶, é a que compreende o Direito do Consumidor como ramo jurídico destinado, em primeiro plano, à proteção dos sujeitos *vulneráveis* (CDC, art. 4º, I), porque *destinatários finais* (fáticos e econômicos) de produtos e serviços, i. e., dos consumidores *stricto sensu* (CDC, art. 2º, *caput*). Contudo, e por força da “cláusula de analogia”⁴⁰⁷ prevista no CDC (art. 29), reconhece-se a possibilidade de, excepcionalmente, desconsiderar a ausência do elemento teleológico da definição de consumidor (a “destinação final”) em razão da existência, no caso concreto, de uma posição jurídica de vulnerabilidade, protegendo-se assim os “vulneráveis não consumidores” contra práticas abusivas no mercado de consumo, além da já mencionada extensão da responsabilidade dos fornecedores por acidentes de consumo (CDC, art. 17).

Em outros termos, o consumidor é o destinatário fático e econômico de produtos e serviços no mercado de consumo (CDC, art. 2º, *caput*), mas a proteção das normas do CDC pode alcançar, além do consumidor *stricto sensu*, todas as pessoas (físicas ou jurídicas) que a ele se equiparem pela existência da situação concreta de *vulnerabilidade*⁴⁰⁸, seja no âmbito da responsabilidade civil (CDC, art. 17), seja no das práticas abusivas (CDC, art. 29). Essa é, precisamente, a posição de Marques:

...concordamos com a interpretação finalista das normas do CDC. A regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema da *tutela especial* do Código e conforme a *finalidade* da norma, que vem determinada de maneira clara pelo art. 4º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. Mas, além dos consumidores *stricto sensu*, conhece o CDC os *consumidores-equiparados*, os quais, por determinação legal, merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço⁴⁰⁹.

conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 45, janeiro-março de 2003, p. 175.

⁴⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 347 *et seq.* e; BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 59-66.

⁴⁰⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 932.

⁴⁰⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 59.

⁴⁰⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais., p. 338.

Por fim, a relação de consumo compõe-se também do sujeito *fornecedor*⁴¹⁰. A definição jurídica de fornecedor (CDC, art. 3º, *caput*)⁴¹¹ indica que este é pessoa física ou jurídica (e, inclusive, “ente despersonalizado”)⁴¹² que atua no mercado de consumo com *profissionalidade* – e, regra geral, com *habitualidade*⁴¹³ – ocupando a posição jurídica dominante na relação de consumo em razão de sua superioridade técnica, econômica (regra geral) e jurídica frente aos consumidores. A definição é significativamente ampla⁴¹⁴, alcançando os profissionais liberais (fornecedores pessoas físicas)⁴¹⁵ e as pessoas jurídicas em geral (nacionais e estrangeiras, públicas⁴¹⁶ e privadas), não se restringindo, quanto às pessoas jurídicas privadas, apenas ao fornecedor empresário⁴¹⁷, já que a característica da “profissionalidade”, sobretudo no fornecimento de *serviços* (CDC, art. 3º, § 2º), não está necessariamente vinculada a uma atividade lucrativa, mas a uma atividade profissional e *remunerada* pelo consumidor. Em outros termos, vale dizer que também as *associações* e *fundações*, não obstante desenvolvam, por sua natureza, atividades sem finalidade lucrativa,

⁴¹⁰ Como bem observa Benjamin “O consumidor pode ser definido não apenas quanto a si mesmo, mas por oposição a alguém. Do mesmo modo que o conceito de *trabalhador* é contrastado ao de *empregador*, o vocábulo *consumidor* pode ser oposto ao termo *produtor*” (BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 941). No mesmo sentido, v. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 135).

⁴¹¹ Dispõe o CDC, art. 3º, *caput*: “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 serviços”.

⁴¹² Sobre o tema, v., por todos: RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 88-89.

⁴¹³ Sobre o tema, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 393 e; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 136-137.

⁴¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 135.

⁴¹⁵ Sobre o tema, por todos, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 181-188. A propósito, v. o Enunciado n. 460, da V Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ), sobre a necessidade do “diálogo” entre o art. 14, § 4º do CDC e o art. 951 do CC.

⁴¹⁶ Sobre o ente público (Estado) como fornecedor no CDC, v. PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 1, 1992, p. 130-147.

⁴¹⁷ Nesse sentido, observa Leonardo Bessa que o conceito de fornecedor no CDC (art. 3º, *caput*) “... por ser mais amplo, nem sempre coincide com a definição de *empresário* constante no art. 966 do CC” (BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 90). Sobre a figura do *fornecedor empresário*, importa observar também que a entrada em vigor do Código Civil de 2002 ampliou o conceito daquele nas relações de consumo, visto que o art. 931 reconheceu a figura do *empresário individual*, não prevista na definição geral de fornecedor no CDC (art. 3º, *caput*). Sobre a interpretação do art. 931 do Código Civil de 2002, v. o Enunciado n. 42, da I Jornada de Direito Civil – CJF/CEJ (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 22) e; FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 194-195.

também podem ser consideradas fornecedoras (*e. g.* algumas universidades privadas cuja constituição jurídica se dá, não raras vezes, na forma de fundação)⁴¹⁸.

Sobre a definição jurídica de fornecedor há ainda dois importantes aspectos a considerar. O primeiro diz respeito à regulação, pelo CDC, de determinadas *atividades* que, embora relacionadas às típicas atividades econômicas e profissionais do fornecimento de produtos e serviços (CDC, art. 3º, *caput c/c* arts. 12, 13 e 14, *caput*)⁴¹⁹, com estas não se confundem (*e.g.* a atividade de gerenciamento dos bancos de dados e cadastros de consumidores – CDC, art. 43; a atividade de veiculação da mensagem publicitária – CDC, art. 36 a 38; a atividade de cobrança de dívidas – CDC, art. 42 etc.), razão pela qual os agentes econômicos prestadores dessas atividades intermediárias ao fornecimento principal de produtos e serviços têm sido denominados pela doutrina de *fornecedores equiparados*⁴²⁰. Com efeito, sustenta-se que a existência de normas no CDC a respeito dessas atividades evidencia que os seus prestadores, ainda que não estabeleçam relação contratual com os consumidores⁴²¹ e não percebam remuneração destes, devem se submeter ao microssistema jurídico de proteção dos consumidores da mesma forma que os típicos fornecedores.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o fornecedor “... é visto como quem exerce a atividade especificamente regulada e não mais de modo genérico como aquele que atua profissionalmente (mediante remuneração) no mercado de consumo”⁴²². E do mesmo modo que a equiparação jurídica torna efetivamente consumidora uma coletividade de pessoas (CDC, arts. 2º, parágrafo único; 17 e 29), também a equiparação de determinados agentes econômicos – por força da específica regulação de sua *atividade* no CDC⁴²³ – os torna

⁴¹⁸ A propósito, considera Bessa que “...tanto as associações como as fundações, embora não visem o lucro, podem exercer atividade econômica e remunerada. Se o fazem profissionalmente, são, para fins de aplicação do CDC, consideradas ‘fornecedores’” (*Ibidem*, p. 89). Sobre o tema v. ainda MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 136-137.

⁴¹⁹ Segundo o disposto no art. 3º, *caput* do CDC os fornecedores são aqueles “ (...) que desenvolvem *atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*” – grifou-se. Do mesmo modo, o art. 12, *caput* do CDC refere-se ao “...*fabricante, o produtor, o construtor, nacional e estrangeiro, e o importador...*” – grifou-se; o art. 13, *caput* refere-se ao “...*comerciante...*” – grifou-se e; o art. 14, *caput* refere-se ao “...*fornecedor de serviços...*” – grifou-se.

⁴²⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 91-94; *Idem*. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 61, janeiro-março de 2007, p. 136-141 e; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 104-105.

⁴²¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 105.

⁴²² BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor... *cit.*, p. 141.

⁴²³ BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 61, janeiro-março de 2007, p. 136-141.

efetivamente *fornecedores*, inexistindo, portanto, a posição jurídica de “terceiro” em relação ao vínculo de consumo estabelecido entre consumidores e fornecedores *stricto sensu*.

O segundo aspecto, que de certo modo está relacionado ao primeiro, é a necessidade de compreender a definição de fornecedor (em sentido estrito e equiparado) a partir da realidade denominada “*cadeia de fornecimento*”, que aparece na definição legal das típicas atividades de fornecimento de produtos e serviços pelo CDC (art. 3º, *caput*) e justifica, do ponto de vista fático, o sistema de *solidariedade obrigacional* que o CDC impõe aos fornecedores típicos e equiparados⁴²⁴ (CC, art. 267 c/c CDC, arts. 7º, parágrafo único; 12 a 14; 18 a 20 e; 34).

A propósito, ensina Marques que

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, não tem sequer consciência – no caso dos serviços, principalmente – de que mantém relação contratual com todos ou de que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato⁴²⁵.

O fenômeno econômico da cadeia de fornecimento na sociedade de consumo contemporânea traz, segundo Marques⁴²⁶, dois importantes reflexos para as relações de consumo. Em primeiro lugar, percebe-se, sobretudo nos contratos de duração prolongada no tempo envolvendo *serviços*⁴²⁷, a existência de “relações *pós-personalizadas*”, i. e., de vínculos entre consumidores e cadeias de fornecedores (notadamente, de “...grandes grupos, com grandes marcas consolidadas, como empresas de transporte, consórcios ‘da fábricas de automóveis’, cadeias de restaurantes, hotéis, bancos múltiplos, cartões de crédito e

⁴²⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 402-403. A cadeia de fornecimento é o fundamento *fático* da solidariedade jurídica (obrigacional) entre os fornecedores. No âmbito *jurídico normativo*, o fundamento da solidariedade obrigacional imposta pelo CDC, como já observado no Capítulo anterior, reside, sobretudo, nos *princípios constitucionais da solidariedade social* (CF, art. 3º, I) e *da confiança* (CF, art. 5º, § 2º), dos quais se deduz a necessária “ordem de *cooperação*” imposta aos sujeitos mais fortes (cadeia de fornecedores) para com os mais fracos (consumidores).

⁴²⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 402.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 403 *et seq.*

⁴²⁷ Sobre o tema, v. *Idem*. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 18, 2000, p. 56-58.

outros”⁴²⁸), onde estes se identificam menos por sua personalidade jurídica do que pela ideia (marca) que colocam (e representam) no mercado de consumo⁴²⁹. Assim, quando o consumidor contrata a aquisição ou utilização de produto ou serviço (este, em especial, de duração prolongada no tempo) sua legítima expectativa (confiança) está propriamente no símbolo (na marca/ideia) que representa toda uma cadeia de fornecedores, sejam estes *stricto sensu* (fabricantes, comerciantes, prestadores de serviço etc.) ou mesmo fornecedores *equiparados*, que intervém, de algum modo, na relação de consumo (e. g. um provedor de acesso ou uma rede social na *internet* que “disponibiliza” anúncios publicitários de produtos e serviços).

Essa *re(pós)personalização* do fornecedor diante dos consumidores, caracterizada pela “confiança na marca”, torna-se “... um novo fator de garantia para o consumidor, em que suas expectativas ligadas àquela marca específica e nesta relação específica prevalecerão”⁴³⁰. No contexto de uma sociedade de consumo *globalizada*⁴³¹, esse fator deve ser levado em conta na extensão da responsabilidade dos fornecedores, sendo significativo, nesse sentido, o *leading case* (STJ) onde a filial brasileira de empresa (marca) multinacional de produtos eletrônicos foi solidariamente responsabilizada por vício no produto adquirido por consumidor brasileiro no exterior⁴³².

As relações “pós-personalizadas” estão ligadas ainda à *catividade*⁴³³ enquanto prática de mercado e elemento caracterizador de certos tipos contratuais envolvendo prestação de

⁴²⁸ MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 18, 2000, p. 57.

⁴²⁹ Relembre-se aqui a importante reflexão de Marques sobre o fato/valor (paradigma) confiança na sociedade de consumo contemporânea: “...é um paradigma mais *visual* (...) mais voltado para as percepções coletivas e para o resultado fático da conduta de um agente...” – grifou-se (*Idem. Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 208).

⁴³⁰ MARQUES, Claudia Lima. Proposta... cit., p. 58.

⁴³¹ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.2.2).

⁴³² Em trecho da ementa lê-se: “II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje ‘bombardeado’ diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos (STJ. REsp 63981/SP. 4ª T. rel. Min. Aldir Passarinho Júnior (rel. p/ acórdão Min. Sálvio F. Teixeira). DJ 11.04.2000).

⁴³³ Sobre o tema, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. Proposta... cit., p. 56; *Idem. Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 91-109; KUHN, Adriana Menezes de Simão. O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 455-481 e; SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Contratos cativos de longa duração: tempo e

serviços, denominados “contratos cativos de longa duração”⁴³⁴. A propósito, reconhece Kuhn que

A nova realidade contratual substituiu a chamada vontade livre pela catividade, entendida como uma dependência gerada pelos riscos inerentes de uma sociedade complexa e fortalecidos pela oferta, sobretudo de serviços, que prometem mais segurança ante a imprevisibilidade do futuro. Esse fenômeno alimenta o consumo, pois acaba criando novas necessidades e estabelece um novo modelo de contrato não mais instantâneo, mas de execução que se prolonga no tempo, por sua própria natureza⁴³⁵.

O segundo reflexo da cadeia de fornecimento relaciona-se ao primeiro. Com efeito, as relações “pós-personalizadas” e de “catividade” entre consumidores e a cadeia de fornecimento representada (“personificada”) por determinada marca nacional ou multinacional existente no mercado, potencializam-se na complexidade das *redes e grupos contratuais* aos quais os consumidores se submetem para a aquisição ou utilização de produtos e, sobretudo, de serviços⁴³⁶. Tem-se, assim, a chamada “*conexidade (ou coligação) contratual*”⁴³⁷, que impõe uma nova compreensão das relações de consumo a partir de uma “visão sistêmica”⁴³⁸, centrada na totalidade do processo obrigacional⁴³⁹ e, sobretudo, na presença de uma *predominante finalidade de consumo* das relações contratuais estabelecidas

equilíbrio nas relações contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 482-503.

⁴³⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 91-109 e; LORENZETTI, Ricardo Luis; _____. **Contratos de servicios a los consumidores**. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 79 *et seq.* Na doutrina brasileira, v. ainda: KUHN, Adriana Menezes de Simão. *Op. cit.*, p. 455-481 e; SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Op. cit.*, p. 482-503.

⁴³⁵ KUHN, Adriana Menezes de Simão. *Op. cit.*, p. 460. Segundo Silveira “São exemplos desses contratos os contratos bancários, de seguro-saúde, de assistência médico-hospitalar, de previdência privada, de cartão de crédito, de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone” (SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais*. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 484).

⁴³⁶ O principal fator de complexidade das redes e grupos contratuais é apontado por Lorenzetti: “Los consumidores se vinculan jurídicamente con un integrante de la red, pero los que realmente intervienen en el proceso de fabricación y distribución del producto o servicio son numerosos sujetos” (LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, p. 30).

⁴³⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos... cit.*, p. 102-109. Na doutrina brasileira, v., dentre outros: *Idem*. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 100, dezembro de 2005, p. 73-97; RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 429-454; SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 279-306 e; MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009.

⁴³⁸ Sobre o tema, v. LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 29 *et seq.*

⁴³⁹ Sobre a noção de “processo obrigacional” v., por todos: COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1976, p. 97-121.

pelos consumidores com os integrantes da rede/grupo de fornecimento (o chamado “conjunto contratual”⁴⁴⁰). Como ensina Marques:

A visão da conexidade contratual das operações econômicas intermediárias e anexas ao consumo complexo de produtos e serviços dos dias hoje é uma necessidade. Os contratos conexos são aqueles cuja finalidade é justamente facilitar ou realizar o consumo (...) Destaque-se, pois, que hoje podemos classificar as relações de consumo como relações de consumo principal (por finalidade de consumo) e relações de consumo por conexidade, por catividade, por acidente (art. 17 do CDC) e incidentais (art. 29 e art. 2º, parágrafo único do CDC) (...) E assim, se uma das atividades (ou um dos fins) é de consumo, acaba por ‘contaminar’, por determinar a natureza acessória de consumo da relação ou do contrato comercial (...) A conexidade é, pois, o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário e nasce da especialização das tarefas produtivas, da formação de redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes⁴⁴¹.

Em suma: pode-se dizer que a relação de consumo é composta por sujeitos que atuam no mercado com finalidades e de modos absolutamente distintos. Conclui-se, portanto, que:

Relação jurídica de consumo é uma só, porque é típica: aquela em que intervem dois sujeitos com qualificações distintas, um como fornecedor (sujeito que desenvolve atividade econômica) e outro como destinatário final (sujeito que não desenvolve atividade econômica). Quando ambos desenvolvem atividade econômica, relação de consumo não haverá (...) consumidor é o sujeito que, sendo o destinatário final da produção, adquire um produto ou contrata um serviço fora do exercício de qualquer atividade econômica, praticando apenas *atos de consumo*. Não existem *atividades de consumo*⁴⁴².

A distinção entre os sujeitos da relação de consumo é fundamental para a caracterização de uma concreta situação jurídica como relação de consumo, i. e., como relação entre o sujeito profissional (que realiza atividade econômica) e o destinatário fático e econômico de produtos e serviços (que realiza ato de consumo). Com efeito, a relação de

⁴⁴⁰ Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 100, dezembro de 2005, p. 73-97 e; SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 279-306

⁴⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 104-105. Observa ainda a eminente jurista: “Tendo em vista esta conexidade com o consumo é que o art. 52 e o art. 3º, § 2º do CDC expressamente incluem o crédito e financiamento ao consumidor entre serviços de consumo. Ora, se os serviços envolvendo financiamentos (diretos ou indiretos) para o consumo são regulados expressamente pelo CDC, é porque são de consumo, assim como os bancos de dados regulados pelo art. 43 do CDC (SERASA, CADIN, SPC) também são serviços de consumo, apesar de sua acessória posição em relação ao consumo e ao crédito. Um bom exemplo de conexidade é a contratação de qualquer produto ou serviço através do uso de cartões de crédito” (*Ibidem*, p. 107). Sobre o “financiamento de venda para consumo”, v. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 215-222.

⁴⁴² PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 918. E Benjamin, por sua vez, distingue *ato profissional* de *ato de consumo* (BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 943).

consumo – perceptível, como visto, a partir de seus sujeitos (consumidores e fornecedores *stricto sensu*) – segue sendo o principal critério, a regra geral na delimitação do campo de aplicação das normas do CDC⁴⁴³, embora a extensão desse campo de aplicação por meio das equiparações de consumidores e fornecedores justifique-se por critérios distintos: no caso dos consumidores equiparados, pela concreta situação de *vulnerabilidade*⁴⁴⁴; no caso dos fornecedores equiparados, pela regulação de suas *atividades* no CDC, revelando a influência desses agentes na *cadeia de fornecimento* de produtos ou serviços⁴⁴⁵.

1.2.2. Elementos objetivos: os objetos (imediatos e mediatos)

A vinculação dos sujeitos da relação de consumo (consumidores e fornecedores em sentido estrito ou equiparados) ocorre em razão dos objetos que caracterizam essa relação jurídica. Como já analisado, os objetos das relações jurídicas em geral são: a) os bens jurídicos que justificam os interesses patrimoniais e extrapatrimoniais das pessoas e, portanto, da própria vinculação (*objetos imediatos*) e; b) os comportamentos (condutas, atividades), comissivos ou omissivos, que as pessoas exercem em razão dos bens jurídicos considerados em determinada relação jurídica (*objetos mediatos*).

Em relação aos bens jurídicos da relação de consumo (objetos imediatos) ocupou-se o CDC em defini-los expressamente, mantendo-se a linha das definições de alcance extensivo utilizada para os sujeitos dessa relação⁴⁴⁶. Sobre a definição de *produto* (CDC, art. 3º, § 1º)⁴⁴⁷ importa destacar dois aspectos. O primeiro diz respeito à relação entre essa definição e a de “bens consumíveis”, prevista no art. 86 do Código Civil⁴⁴⁸. Pela definição civilista os bens podem ser consumíveis *de fato* (os móveis cuja utilização importa na sua imediata destruição) ou *de direito* (os móveis destinados à alienação)⁴⁴⁹, sendo que apenas o segundo critério, de natureza econômica, identifica-se com a definição de produto no CDC, na medida em que não

⁴⁴³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 337.

⁴⁴⁴ Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 347 *et seq.* e; BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 59 *et seq.*

⁴⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 402-426.

⁴⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 141.

⁴⁴⁷ Dispõe o CDC, art. 3º, §1º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

⁴⁴⁸ Dispõe o CC, art. 86: “São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação”

⁴⁴⁹ A propósito, já nos manifestamos, em outra oportunidade, sobre o tema: AZEVEDO, Fernando Costa de. **Lições de Teoria Geral do Direito Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 96.

é essencial para esta definição o critério da “não durabilidade”⁴⁵⁰. Em outros termos, é o critério econômico (estar no mercado para aquisição ou utilização por um destinatário fático e econômico) que prevalece na definição jurídica de produto no CDC e não o fático (consumação pelo uso)⁴⁵¹.

O segundo aspecto na definição de produto é a extensão do conceito para os bens materiais de natureza *imóvel*⁴⁵² e ainda para os bens *imateriais*. Segundo Miragem, a importância maior da expressa previsão dos bens imóveis como produtos está no fato de que “...implica a aplicação das normas do CDC também a contratos imobiliários, assim como àqueles conexos com estes, como é o caso dos contratos de empréstimo ou financiamento para aquisição do bem imóvel”⁴⁵³. Assim, as normas do CDC incidem sobre contratos como os de incorporação imobiliária⁴⁵⁴ e os contratos bancários (financeiros) que, sendo conexos aos primeiros, viabilizam a aquisição do imóvel pelos consumidores⁴⁵⁵.

Há, contudo, que se dar atenção especial aos contratos de *locação*, especialmente se esta for *residencial* e se houver participação de agente profissional intermediando a contratação (imobiliária). Com efeito, ainda que haja posição jurisprudencial afastando a incidência do CDC nessa relação contratual (atualmente regida pela Lei 8.245/91 e, subsidiariamente, pelo próprio Código Civil de 2002)⁴⁵⁶, entende-se como correta a posição

⁴⁵⁰ Assim, o CDC utiliza a expressão produtos “duráveis” e “não duráveis” em relação ao exercício do direito potestativo à garantia contra vícios redibitórios (art. 26). Rizzatto Nunes, por sua vez, chama a atenção para o conceito de produto “descartável” que, segundo o jurista, não deve ser confundido com produto “não durável”: “Um produto ‘descartável’ (termo não definido em lei) é o ‘durável’ com baixa durabilidade, ou que somente pode ser utilizado uma vez. É uma invenção do mercado contemporâneo, que acaba aproximando o produto ‘durável’ em sua forma de desgaste ao produto ‘não durável’ em sua forma de extinção” (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 93).

⁴⁵¹ Sobre o tema, v. PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 906.

⁴⁵² Vale lembrar que a definição de bens consumíveis no Código Civil (art. 86) alcança apenas os bens materiais de natureza *móvel*.

⁴⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 141. E complementa o jurista: “Neste caso, as normas do CDC aplicam-se conjuntamente com as normas do Código Civil e da legislação civil extravagante. Ou seja, aplicam-se as normas do Código Civil, quanto às solenidades, regras de transmissão da propriedade, e outras pertinentes, sobretudo, ao direito das coisas. E ao CDC cumpre regular o aspecto dinâmico da contratação, assegurando o equilíbrio das prestações, o direito à informação do consumidor, assim como a repressão a práticas e cláusulas abusivas, dentre outros” (*Ibidem*, p. 141-142).

⁴⁵⁴ Sobre o tema, v., por todos: GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária**. À luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

⁴⁵⁵ Sobre a “coligação contratual no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação” v. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 211-215.

⁴⁵⁶ Marques apresenta alguns julgados do STJ que demonstram essa postura: STJ.REsp 266625/GO. 5ª T. rel. Min Edson Vidigal, j. 26.09.2001; STJ. REsp 302603/SP, 5ª T. rel. Min. Gilson Dipp, j. 06.04.2001 e; STJ. REsp 239578/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 08.02.2000 (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 431-432 – nota n. 350).

contrária, de sujeitar as imobiliárias às normas do CDC, pelo reconhecimento de que ocupam a posição jurídica de *fornecedor*⁴⁵⁷ e que, portanto, estabelecem com os sujeitos do contrato principal (locação) e do contrato acessório (fiador) efetiva relação *de consumo*⁴⁵⁸.

Além dos bens materiais (móveis e imóveis) a definição de produto no CDC estende-se também aos bens *imateriais*. Com efeito, viu-se que um dos traços marcantes da sociedade de consumo contemporânea (pós moderna) é a influência da “cultura técnico científica”, por meio da qual a aquisição e utilização das atuais *tecnologias da informação* (em especial, a *internet*) tornam-se necessidades cotidianas dos consumidores⁴⁵⁹, na medida em que o “meio virtual” permite o acesso a novos espaços (meios) de comunicação, entretenimento (e. g. as redes sociais virtuais⁴⁶⁰) e contratação de produtos e serviços (o “comércio eletrônico”⁴⁶¹). No caso da contratação por meio virtual, observa-se que, em muitos casos, “...as prestações contratuais dos contratos informáticos são imateriais, como o fornecimento de *software*, de jogos, de filmes e de músicas”⁴⁶², situação onde se pode falar em produto *imaterial*⁴⁶³.

O CDC também estabeleceu que os *serviços* são bens jurídicos (objetos mediatos) da relação de consumo (CDC, art. 3º, § 2º)⁴⁶⁴. A importância maior da expressa regulação dos

⁴⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, 430-436.

⁴⁵⁸ Sobre a posição jurídica do fiador nos contratos de locação, observa Marques: “relembre-se a posição extremamente vulnerável do terceiro, o fiador que, como garantidor de uma relação de consumo, nesta intervém (parágrafo único do art. 2º do CDC) e é exposto (art. 29 do CDC) às práticas comerciais dos fornecedores, por exemplo, as imobiliárias, que, de posse do contrato e, muitas vezes, sem a real anuência nem mesmo do locador, modificam e aditam os termos do contrato” (*Ibidem*, p. 435).

⁴⁵⁹ Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e conjunto contratual. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 100, dezembro de 2005, p. 80.

⁴⁶⁰ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais – Responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 78, abril-junho de 2011, p. 191-221.

⁴⁶¹ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004; MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

⁴⁶² MARQUES, Claudia Lima. Confiança... cit., p. 84.

⁴⁶³ Por essa razão, reconhece Miragem que “...a importância desta definição [de produto como bem imaterial] é ainda maior quando se observa o crescimento da importância econômica da informática e dos bens e serviços produzidos exclusivamente por este meio” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 143). Importa destacar que o presente processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor tem, como um de seus temas fundamentais, a regulação específica do comércio eletrônico. Sobre o tema, v., dentre outros: SANTOLIM, Cesar. Anotações sobre o Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 83, julho-setembro de 2012, p. 73-82 e; AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 85, janeiro-fevereiro de 2013, p. 209-260.

⁴⁶⁴ Dispõe o CDC, art. 3º, §2º: “Serviço é 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”

serviços como objeto das relações de consumo está no fato de que eles constituem, juntamente com os produtos imateriais, os objetos de maior interesse (e necessidade) na sociedade de consumo contemporânea. Assim, além da valorização dos bens imateriais adquiridos por meio eletrônico, é característico da atual sociedade de consumo a busca dos consumidores pelo “... desmaterializado ‘fazer’ dos serviços, da comunicação, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do crédito”⁴⁶⁵, refletindo-se essa tendência, inclusive, no expressivo e crescente número de demandas judiciais envolvendo prestação e consumo de serviços⁴⁶⁶.

A prestação de serviços é, de fato, uma atividade essencial para a própria dinamização do mercado de consumo, i. e, para a efetivação das relações de troca entre consumidores e fornecedores. Rizzatto Nunes, a propósito, observa que “não se vende produto sem serviço”⁴⁶⁷, na medida em que a causa principal do contrato, o adimplemento da prestação de dar (a entrega do produto) pelo fornecedor, depende, regra geral, da realização de uma ou mais atividades (de “fazeres”), como o serviço de transporte (“frete”) para entrega do produto ao consumidor que realiza contratação pela *internet*. Por outro lado, nos contratos onde a causa principal é a prestação do serviço, esta pode exigir, para sua adequação e qualidade, o adimplemento de prestação de dar acessória, como *e. g.* nos serviços de “TV a cabo”, que necessitam da disponibilização de certos equipamentos (bens materiais, produtos) aos consumidores usuários. Nesse sentido, em que pese a extensão da definição legal de serviço no CDC (art. 3º, § 2º)⁴⁶⁸, importa destacar a definição estabelecida por Marques, reveladora da complexidade que representa a relação entre o fornecimento de produtos e serviços, onde o fator determinante é a *causa principal* da contratação para o consumidor (se o “dar” dos produtos ou o “fazer” dos serviços):

⁴⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 180.

⁴⁶⁶ Em outra passagem, observa o eminente jurista: “Hoje se pode imaginar que praticamente 70% das causas judiciais envolvam serviços, dos de pequena monta, como marcenaria, serviços educacionais, de conserto e pintura, locações de vídeo, serviços de informação, de lazer, de embelezamento, de telecomunicações, consórcios, assinaturas de revistas, telefonia e de acesso à Internet, geralmente discutidos nos juizados especiais de pequenas causas, até aqueles serviços de valor maior, como empreitadas, seguros, transporte de passageiros, serviços turísticos, serviços médicos, advocatícios, de consultoria, de planos e seguros de saúde, de crédito, de *leasing* massificado, de financiamento e serviços bancários em geral” (*Idem*. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, n. 18, 2000, p. 36).

⁴⁶⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 97.

⁴⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, n. 18, 2000, p. 39. Sobre o tema, v. ainda MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 144-148.

Fornecimento de serviços ou contrato de serviços é o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor⁴⁶⁹.

Percebe-se então que a definição legal de serviço no CDC (art. 3º, § 2º), juntamente com a importante contribuição doutrinária de Marques, apontam para três aspectos fundamentais desse tema: a) os serviços são atividades *remuneradas* (direta e indiretamente)⁴⁷⁰ pelos consumidores⁴⁷¹; b) os serviços são atividades relacionadas apenas com o *mercado de consumo*⁴⁷²; c) a prestação (o “fazer”) de serviços, embora possa vir acompanhada de um prestação acessória envolvendo produto (um “dar”), representa, para o consumidor, a *causa principal* da contratação, i. e., o fundamento de suas expectativas legítimas, vinculadas a seus *interesses de natureza patrimonial* ou *extrapatrimonial*. Sobre esse último aspecto (os *interesses* do consumidor), convém notar que os consumidores, em vista da natureza onerosa dos contratos de consumo⁴⁷³, assumem prestações recíprocas, cujo conteúdo é economicamente mensurável, i. e, tem sempre natureza *patrimonial*. Contudo, o *interesse* que eles possuem na contratação poderá ter natureza patrimonial (e. g. a contratação

⁴⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Proposta... cit., p. 37-38.

⁴⁷⁰ Sobre a distinção entre remuneração direta e indireta, v. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 97-98.

⁴⁷¹ A remuneração, assim como os produtos e serviços, é bem jurídico (objeto imediato) das relações de consumo, pois constitui prestação devida pelos consumidores *stricto sensu* em razão da contratação de serviços e, regra geral, pela contratação de aquisição e utilização de produtos. Assim, apenas os serviços prestados de modo *oneroso* (contratos comutativos e aleatórios) enquadram-se na condição de objeto das relações de consumo. Contudo, há situações em que mesmo a existência de remuneração pode suscitar dúvidas quanto à incidência do CDC, devido à pluralidade do próprio sistema remuneratório. É o que ocorre com a prestação de *serviços públicos*, que podem ser remunerados por impostos, taxas ou por tarifas (preço público). O STJ, a propósito, vem adotando posicionamento restritivo, no sentido de incluir na tutela do CDC apenas os serviços remunerados por *tarifas* (STJ. REsp 793422/RS, rel. Min. Eliana Calmon. DJ 17.08.2006). Há, porém, entendimentos diversos, que vão desde uma interpretação extensiva (são objeto das relações de consumo os serviços públicos remunerados por impostos, taxas e tarifas) até uma interpretação extensiva mitigada (apenas os serviços remunerados por taxas e tarifas). A propósito, já nos manifestamos, em outra oportunidade, sobre o tema: AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. Argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 62, abril-junho de 2007, p. 89-94.

⁴⁷² Veja-se que o CDC estabeleceu, em seu art. 3º, § 2º, que serviços são atividades prestadas “*no mercado de consumo (...) salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”; e no art. 4º, I, estabeleceu, como princípio jurídico norteador da Política Nacional das Relações de Consumo, o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores *no mercado de consumo*. As relações provenientes do *mercado trabalhista* (*empregatício*), regidas por sistema jurídico distinto (CLT e legislação trabalhista extravagante), ficam de fora do âmbito do CDC. Por fim, cumpre observar que a ideia sobre o que seja o “mercado de consumo” é fundamental para a compreensão do “sinalagma” como característica fundamental da relação de consumo. O tema será analisado a seguir.

⁴⁷³ O conceito de contrato oneroso será analisado na sequência (subitem 1.2.3).

de *crédito* para quitar dívida no cheque especial ou no cartão de crédito) ou extrapatrimonial (e. g. contratação de *plano/seguro saúde*, de *curso educacional*, de *pacote turístico* etc.)⁴⁷⁴.

Por fim, cumpre analisar os objetos *mediatos* das relações de consumo. Como já observado, eles constituem os comportamentos que consumidores e fornecedores exercem em razão dos bens jurídicos que constituem essa relação jurídica (produtos, serviços e remuneração). Nesse sentido, pode-se dizer que as relações de consumo envolvem, da parte dos consumidores, efetivos *atos de consumo* (CDC, art. 2º, *caput*) e *situações de exposição* aos efeitos da sociedade de consumo (CDC, arts. 17 e 29); da parte dos fornecedores, envolvem *atividades profissionais (econômicas) típicas da cadeia de fornecimento* (CDC, art. 3º, *caput*) e *atividades profissionais (econômicas) equiparadas*, como o gerenciamento dos bancos de dados e cadastros de consumidores e a veiculação de mensagens publicitárias⁴⁷⁵.

Uma vez apresentados os elementos constitutivos da relação de consumo, importa realizar o segundo esforço de análise dessa relação jurídica, começando pela compreensão de sua característica fundamental: “o sinalagma”. É o que será feito a seguir.

1.2.3. Característica fundamental: o sinalagma

As relações entre consumidores e fornecedores, como observado anteriormente, são vínculos jurídicos estabelecidos *no mercado de consumo*. Com efeito, o CDC expressamente se refere aos serviços como atividades prestadas *no mercado de consumo* (art. 3º, §2º) e reconhece os consumidores como vulneráveis *no mercado de consumo* (art. 4º, I), de modo que quaisquer relações existentes fora deste contexto não podem ser caracterizadas como relações de consumo, afastando-se, em princípio, a incidência das normas de proteção dos consumidores⁴⁷⁶. Bessa, a propósito, reconhece que a polêmica doutrinária e jurisprudencial a respeito da prestação de *serviços públicos* como objeto das relações de consumo tem, como

⁴⁷⁴ Sobre o tema, v. NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V. I. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 19 e 22-23.

⁴⁷⁵ Sobre o tema, v. PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 918 e; BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 943).

⁴⁷⁶ Miragem, a propósito, observa a tendência atual do STJ, de afastar a incidência do CDC nas relações envolvendo prestação de serviços *advocáticos*, sob o argumento de que não seriam atividades fornecidas no mercado de consumo (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 139).

pano de fundo, a noção de “mercado de consumo”, pois os que defendem a não aplicação do regime jurídico do CDC a determinadas prestações de serviços públicos (como aqueles remunerados por *impostos*) justificam sua posição no sentido de que a relação jurídica entre Poder Público e cidadão é relação de natureza *tributária*, onde o tributo é cobrado compulsoriamente, não havendo a necessária *equivalência* de prestações, típica de uma relação de mercado⁴⁷⁷, como será visto a seguir.

Assim sendo, percebe-se que a adequada compreensão das relações de consumo deve necessariamente passar pela análise acerca do que seja o “mercado de consumo”. Segundo Martins-Costa, as reflexões a respeito do conceito de mercado sugerem duas hipóteses gerais, que a jurista denomina “concepção naturalista” (o mercado como “regime natural das relações econômicas”, apartado das escolhas políticas e do controle jurídico) e “concepção artificial ou normativa” (o mercado como “regime normativo das atividades econômicas”, resultado de opções político-econômicas e delimitado pela ordem jurídica)⁴⁷⁸. Sem a pretensão de aprofundar essas reflexões, pelas limitações da presente pesquisa, percebe-se que o *mercado de consumo* a que se refere o CDC não é uma “ordem absolutamente espontânea da sociedade”, atemporal e apolítica, mas compreende-se como uma das especificidades do gênero “mercado” em sua concepção *normativa*, pela qual “...o Direito, enquanto emanção de bem precisas escolhas políticas (...) instrumenta o desenvolvimento das relações de mercado e instrumenta, por igual, a atuação do próprio Estado”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 97 e 115-130. Sobre o tema, v. AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. Argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 62, abril-junho de 2007, p. 89-94 e; BONATTO, Claudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controversas no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003, p. 99-111.

⁴⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 613-619.

⁴⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 617 e 619. Não é por acaso que o CDC estabelece objetivos e específicos princípios jurídicos (diretrizes) da *Política Nacional das Relações de Consumo* (art. 4º). Sobre o tema, v. DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1359-1372 e; VAL, Olga Maria do. Política Nacional das Relações de Consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1373-1396.

O mercado de consumo é, portanto, ambiente de *trocas econômicas* regulado pelo Direito⁴⁸⁰, ambiente que se projeta “... por toda cadeia produtiva, dominando todas as relações sociais voltadas à transformação de bens e troca de mercadorias”⁴⁸¹. Ao mesmo tempo, é ambiente marcado pela assimetria nas posições jurídicas dos sujeitos que nele atuam. Conseqüentemente, se as relações de consumo são vínculos jurídicos inseridos nesse quadro econômico e social, devem ser então compreendidas a partir de dois aspectos: a) da presença da *bilateralidade* (reciprocidade, interdependência e equivalência econômica) de prestações entre consumidores e fornecedores⁴⁸² e; b) da presença do *desequilíbrio* estrutural (assimetria nas posições jurídicas) entre consumidores e fornecedores. Com efeito, são esses dois aspectos que constroem o conceito de *sinalagma*, característica fundamental das relações de consumo.

A bilateralidade é aspecto que tradicionalmente caracteriza a noção de sinalagma nas relações contratuais privadas⁴⁸³, seja em contratos paritários (*e. g.* contratos entre particulares ou, regra geral, os interempresariais) ou naqueles com *desequilíbrio* estrutural (*e. g.* os contratos de consumo). Com efeito, ensina Martins-Costa que:

O sinalagma é a característica principal dos contratos que se classificam como bilaterais, configurando a dependência recíproca das obrigações. Esta dependência recíproca, verificando-se desde a formação do contrato, diz-se genética. Nos contratos de longa duração, de modo especial, transmuda-se em dependência funcional, ou sinalagma funcional, o qual acompanha as vicissitudes provocadas nos contratos que se projetam no tempo, a fim de manter a relação original de interdependência recíproca das obrigações⁴⁸⁴.

O sinalagma enquanto bilateralidade revela a necessidade de proporção (equilíbrio) na relação jurídica, tanto na formação e conclusão do vínculo contratual quanto na fase de

⁴⁸⁰ Sobre o tema, v. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 138.

⁴⁸¹ DERANI, Cristiane. *Op. cit.*, p. 1.363.

⁴⁸² Considerando apenas as prestações *principais* da relação de consumo, pode-se dizer que há reciprocidade, interdependência e equivalência econômica entre a prestação pecuniária do consumidor (*remuneração* – CDC, art. 3º, § 2º) e as prestações de dar (entrega do produto) e fazer (prestação do serviço) dos fornecedores.

⁴⁸³ Ensina Boselli, em obra clássica na doutrina italiana, que “... il sinallagma si precisa e qualifica come rapporto di corrispettività temporale, teleológica ed econômica fra le prestazioni” (BOSELLI, Aldo. **La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità**. Torino: Torinese. 1952, p. 102).

⁴⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 465. No mesmo sentido, observa Aguiar Júnior: “O nexu ou sinalagma que liga as obrigações das duas partes, mantendo-as numa relação de correspectividade e interdependência, deve estar presente na celebração do contrato (sinalagma genético) (...) e também durante a sua execução, no momento das prestações correspectivas (sinalagma funcional)” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 82). Assim, segundo a clássica lição de Boselli, entende-se que o contrato sinalagmático é aquele “...le cui prestazioni, secondo la più recente dottrina, risultano vincolate da um rapporto di recíproca interdipendenza genética e funzionale” (BOSELLI, Aldo. *Op. cit.*, p. 99-100).

cumprimento (execução) dos seus efeitos. A “causa sinalagmática”⁴⁸⁵ revela-se, portanto, na reciprocidade de vantagens e sacrifícios assumidos na relação contratual, i. e., “al hablar de contraprestación ser alude a la proporción existente entre la relación de la prestación con la contraprestación”⁴⁸⁶. Essa reciprocidade, que diz respeito a prestações de conteúdo patrimonial⁴⁸⁷, relaciona-se à expectativa dos contratantes na “equivalência econômica” do contrato, uma expectativa na existência do sinalagma genético⁴⁸⁸ e na manutenção do sinalagma funcional. Como bem observa Ferreira da Silva, a “causa sinalagmática” nas relações contratuais

...serviria de justificativa para (a) a manutenção da relação contratual originada pela vontade, sempre que o sinalagma permanecesse presente na fase funcional; para (b) a mitigação desta relação, quando desaparecesse ao longo da execução do contrato; ou, até mesmo para (c) reestruturar a relação contratual em determinados casos⁴⁸⁹.

Assim sendo, pode-se dizer que a inexistência ou perda do sinalagma enquanto bilateralidade contratual (reciprocidade/equivalência econômica) configura situação de desequilíbrio do vínculo jurídico, ensejando sua recomposição ou, quando esta for impossível ou inútil, sua extinção⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e contrato**. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 74 *et seq.*

⁴⁸⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 204. Na doutrina alemã, ensina Larenz que “... es inmanente al contrato sinalagmático como tipo la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación, de modo que cada uno pueda encontrar una ventaja” (LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Etica Juridica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993, p. 76).

⁴⁸⁷ Cumpre destacar que embora as prestações tenham conteúdo patrimonial (imediatamente econômico), o interesse do credor poderá ser apenas *mediatamente econômico* (ex: o interesse do consumidor (credor) que contrata um plano de saúde é a expectativa de cobertura da empresa). Nesse caso, pode-se dizer que o interesse do consumidor é *existencial* e não patrimonial. O tema será abordado mais adiante, sobretudo quando da análise acerca da cláusula geral de vantagem excessiva no CDC (Parte II, Capítulo 4).

⁴⁸⁸ Como ensina Pontes de Miranda: “No momento em que se conclui o negócio jurídico bilateral, em que há prestação e contraprestação, os figurantes implicitamente as tiveram por equivalentes” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 285). Segundo o mestre brasileiro a equivalência não é necessariamente perfeita, mas “aproximada”, i. e., estabelecida pelos valores objetivos de mercado ou por circunstâncias próprias da natureza do negócio ou da situação dos contratantes (*Ibidem*, p. 236-237)

⁴⁸⁹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e contrato**. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 161.

⁴⁹⁰ Justifica-se, nessas situações, o princípio constitucional da *proporcionalidade* como um dos fundamentos do Direito do Consumidor. Com efeito, as normas infraconstitucionais de Direito do Consumidor (sobretudo as do CDC) concretizam o princípio da proporcionalidade enquanto mandamento jurídico a impor uma “proibição de excessividade”, i. e., uma proibição de situações que envolvam “desproporção manifesta de prestações e direitos”. Considerando a lição de Pontes de Miranda segundo a qual a equivalência é sempre “aproximada” (presumida), ganha destaque a já citada observação de Perlingieri, de que o princípio da proporcionalidade, aplicado no âmbito das relações contratuais “...vige nel senso non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste” (PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.

Outra questão importante nesse tema é a necessária distinção entre os conceitos de “bilateralidade” e “comutatividade”. Com efeito, se os contratos chamados *comutativos* são necessariamente bilaterais (ou onerosos⁴⁹¹), a recíproca não é verdadeira. Aguiar Júnior, a propósito, ensina que os contratos onerosos “...podem ser ‘comutativos’, conhecendo as partes o grau de onerosidade correspondente que lhes toca, ou ‘aleatórios’, quando a possibilidade do ganho ou da perda é uma álea, como nos contratos de aposta ou de seguro”⁴⁹². Vale dizer que a comutatividade corresponde à certeza dos contratantes quanto à reciprocidade de suas vantagens e sacrifícios em razão da natureza do negócio. Nesse sentido, se não há certeza dessa reciprocidade por conta de determinado risco (álea) inerente à natureza do negócio, significa que a comutatividade não está presente e o contrato oneroso assume natureza diversa: trata-se de contrato *aleatório*⁴⁹³. Assim, importa destacar que no campo das relações de consumo a generalidade dos contratos tem natureza comutativa (e. g. a compra e venda ou locação de produtos, a prestação de serviços em geral etc.), mas há também os de natureza aleatória (e. g. os contratos de seguro em geral – CC, arts. 757 a 802; os jogos e apostas legalmente permitidos, como loterias mantidas por instituições financeiras credenciadas – CC, art. 814, § 2º).

Por fim, cumpre observar que o sinalagma nas relações de consumo, não obstante a importância do aspecto da “bilateralidade contratual” (proporção/equivalência econômica de prestações), deve ser construído também a partir do aspecto de *desequilíbrio estrutural* caracterizador dessas relações jurídicas.

12, outubro-dezembro de 2002, p. 143). Sobre o tema, v. ainda MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 283-287.

⁴⁹¹ Na lição de Aguiar Júnior “Contrato oneroso é aquele em que o benefício do sujeito tem um sacrifício como contraprestação equivalente. Não sendo assim, o contrato é gratuito” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 85). Sobre a noção de equilíbrio como bilateralidade (equivalência/reciprocidade de prestações) nos contratos *onerosos*, v. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 206.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 87. Na lição de Messineo “... es conmutativo (o cierto) el contrato, en el cual la estimación del respectivo sacrificio y ventaja puede hacerla cada una de las partes en el mismo acto en que el contrato se perfecciona. Tales son, en general, todos los contratos con prestaciones recíprocas, con excepción de los que ahora hemos catalogado como aleatorios” (MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Trad. R. O. Fontanorrosa, S Sentís Mellendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJE. 1986, p. 425).

⁴⁹³ Nesse sentido, v. DELFINI, Francesco. **Autonomia Privata e Rischio Contrattuale**. Milano: Giuffrè. 1999, p. 200-202.

Como ensina Lorenzetti

A noção de consumidor se relaciona com o ato de consumo, e não especificamente com a qualidade de credor ou devedor, numa obrigação ou com um contrato em particular (...) Leva em consideração especificamente a posição de debilidade estrutural no mercado. Nos casos anteriores se considerava uma falha conjuntural do mercado, a situação na qual um devedor é débil devido a circunstâncias do caso. Agora, ao contrário, pretende-se apreciar uma posição permanente⁴⁹⁴.

Nesse sentido, ganha importância a afirmação de Marques, segundo a qual o sinalagma “...não significa apenas bilateralidade, como muitos acreditam (...), mas sim contrato, convenção, é um modelo de organização (*Organisationsmodell*) das relações privadas”⁴⁹⁵. Em outros termos, pode-se dizer que a “bilateralidade” (proporção/equivalência econômica entre as prestações contratuais) revela-se insuficiente para explicar o sinalagma em relações jurídicas marcadas pelo desequilíbrio estrutural de posições jurídicas, onde a visão deve ser mais ampla, abrangendo outros aspectos que estão diretamente associados a esse desequilíbrio intrínseco e a própria estrutura da relação de consumo.

Em primeiro lugar, nota-se como o sinalagma genético de uma relação contratual de consumo não se origina de um “equilíbrio de vontades”, mas do *consentimento* objetivamente manifestado pelo consumidor a condições contratuais previamente estabelecidas⁴⁹⁶; ao mesmo tempo, percebe-se que a própria tipicidade da relação de consumo não reúne, em seu suporte fático, a exigência de estrutura contratual⁴⁹⁷, destacando-se a existência de relações de consumo “paracontratuais”⁴⁹⁸, decorrentes de “comportamentos socialmente típicos”⁴⁹⁹ (ou

⁴⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 141.

⁴⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 288.

⁴⁹⁶ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 3, juillet-septembre/1995, p. 573-578.

⁴⁹⁷ Embora a definição padrão (*standard* ou *stricto sensu*) de consumidor (CDC, art. 2º, *caput*) sugira que o “ato de consumo”, regra geral, deva ocorrer por meio de contrato, quase sempre por adesão (BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 943).

⁴⁹⁸ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e contrato**. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 119 *et seq.*

⁴⁹⁹ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. **Revista DireitoGV**. São Paulo, v. 2 (n.1), janeiro-junho de 2006, p. 55-64.

“contatos sociais de consumo”⁵⁰⁰) como a oferta/publicidade, na qual se exige a presença do sinalagma, uma vez que já há vínculo jurídico entre o fornecedor ofertante e os consumidores (CDC, art. 30).

Esses dois aspectos parecem impor uma visão distinta acerca do sinalagma funcional das relações (contratuais ou paracontratuais) de consumo, uma visão que se volta, necessariamente, para a proteção jurídica das *expectativas legítimas* que a parte mais fraca da relação, por um “juízo de necessidade social”, deposita na atuação da parte mais forte, projetando-se ainda: a) como expectativa na própria dinâmica do mercado de consumo e; b) na efetividade do ordenamento jurídico quanto à finalidade de proteção dos seus direitos⁵⁰¹. Assim, afirma-se que o “modelo de organização”⁵⁰² do mercado (e do contrato) de consumo faz com que “o prometido e esperado”⁵⁰³ (as expectativas legítimas dos consumidores) seja, enfim, a “base mínima (objetiva) da relação”⁵⁰⁴, o fator constitutivo do sinalagma que caracteriza a relação de consumo.

Conclui-se, portanto, que o desequilíbrio estrutural da relação de consumo não é a negação do sinalagma, mas fator constitutivo deste⁵⁰⁵. Ao contrário, as situações de desequilíbrio *excessivo* representam a inexistência ou a perda do sinalagma das relações contratuais (ou paracontratuais) de consumo, comprometendo o “equilíbrio mínimo” esperado para essas relações jurídicas (CDC, art. 4º, III)⁵⁰⁶ e exigindo, por esse motivo, a necessária intervenção estatal para a sua garantia (CF, art. 5º, XXXII)⁵⁰⁷.

⁵⁰⁰ Na doutrina brasileira, v., por todos: PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 182.

⁵⁰¹ Cf. análise sobre o princípio constitucional da confiança, realizada no Capítulo 1 (subitem 1.2.2.2). Na doutrina portuguesa, v. a oportuna reflexão de: CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 361-362. Sobre o tema, v. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 159.

⁵⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 288.

⁵⁰³ *Idem*. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 18, 2000, p. 60.

⁵⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 291.

⁵⁰⁵ Ressaltando a lição de Lorenzetti, o sinalagma da relação de consumo deve levar em conta a existência de uma posição permanente de “debilidade estrutural no mercado” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera Maria J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 141).

⁵⁰⁶ O “equilíbrio mínimo” (princípio do equilíbrio ou da equivalência material) da relação de consumo, em sua perspectiva externa e interna, será analisado no Capítulo 2 (subitem 2.2.1).

⁵⁰⁷ Como observa Marques “O Estado passa, assim, a interessar-se pelo sinalagma interno das relações privadas e a revisar os excessos, justamente porque, convencido da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, deseja promover o equilíbrio mínimo das relações sociais e a confiança do contratante mais fraco”

CAPÍTULO 2 – OS DESEQUILÍBRIOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

2.1. O desequilíbrio estrutural da relação jurídica de consumo: uma análise a partir do princípio da vulnerabilidade dos consumidores

A análise da definição legal de consumidor no CDC revelou que esta lei, embora destinada à proteção do destinatário fático e econômico de produtos e serviços (em especial, se pessoa física), é também vocacionada para a excepcional tutela de destinatários meramente fáticos (compreendidos como “consumidores profissionais” ou “intermediários”⁵⁰⁸), desde que comprovada sua *concreta situação de vulnerabilidade*, traduzida como situação de exposição a acidentes de consumo provocados por produtos ou serviços defeituosos (CDC, art. 17) e a práticas abusivas no mercado de consumo (CDC, art. 29). Isso significa, como já se observou, que a existência da situação de vulnerabilidade, justamente porque traduz um *desequilíbrio* entre as posições jurídicas dos sujeitos de determinada relação, é o critério justificador da aplicação analógica do microssistema jurídico de proteção dos consumidores *stricto sensu* (CDC, art. 2º, *caput*) para aquelas pessoas, físicas e jurídicas, que se equiparam aos primeiros.

O presente tópico pretende analisar o desequilíbrio constitutivo do sinalagma presente na relação de consumo - i. e, o desequilíbrio estrutural (intrínseco) desta relação – a partir do princípio da *vulnerabilidade* dos consumidores (CDC, art. 4º, I) e dos fatores (causas) sociais que justificam o reconhecimento jurídico desse status nas relações de consumo.

(*Ibidem*, p. 292). Martins, a propósito, utiliza a expressão “justiça sinalagmática” (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 279).

⁵⁰⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 63. Pasqualotto, ao contrário, critica a expressão “consumidores intermediários”, afirmando que se trata de uma “contradição em termos”, pois “...ou há consumidor por ausência de atividade econômica, ou não há consumo por ausência de destinação final. Em outras palavras: onde há atividade econômica, não há consumo” (PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 930).

2.1.1. O conceito de vulnerabilidade e o reconhecimento jurídico da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo

A ideia (ou percepção) da vulnerabilidade humana inspirou, desde a Antiguidade, reflexões de ordem filosófica⁵⁰⁹ que, em essência, traduzem sua ideia (ou percepção) contemporânea. Nesse sentido, a vulnerabilidade, compreendida como uma qualidade própria do ser humano⁵¹⁰, representa a possibilidade de exposição a situações de sofrimento e de morte⁵¹¹, em razão do meio social ou de influências da própria natureza. Em outros termos, a percepção da vulnerabilidade humana vem a ser a de uma “vítima em potencial”⁵¹², tanto do meio social quanto do físico (natural), implicando, pois, a ideia de *risco*⁵¹³. Trata-se de uma realidade inerente ao ser humano (uma realidade “pré-jurídica”⁵¹⁴), de uma realidade *relacional*, que supõe “... a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém”⁵¹⁵. Por fim, a percepção da vulnerabilidade supõe o reconhecimento de um *desequilíbrio estrutural (intrínseco)* na relação entre o sujeito vulnerável e o contexto social onde atuam outros sujeitos e situações naturais⁵¹⁶.

O Direito Moderno, assentado nos dogmas próprios da ideologia liberal (séculos XVIII e XIX)⁵¹⁷, não reconheceu os desequilíbrios estruturais produzidos pelas duas grandes

⁵⁰⁹ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnerabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 13-14.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 14.

⁵¹² FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnerabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 17. A propósito, reconhece Chazal que “Par vulnérable, on entend la personne ou la chose qui peut être blessée” (CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnerabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 243).

⁵¹³ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. *Op. cit.*, p. 14; CHAZAL, Jean-Pascal. *Op. cit.*, p. 244. Na doutrina brasileira, Marques e Miragem sugerem que a vulnerabilidade é “... um estado inerente de risco...” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 117). Na sociedade contemporânea, já se identificam grupos cuja vulnerabilidade é agravada por certos fatores de ordem social ou natural (“*facteurs d’aggravation des risques*”), sendo denominados, na doutrina e jurisprudência brasileira, de *hipervulneráveis*. (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 184-196)

⁵¹⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 125. Fiechter-Boulvard, por sua vez, afirma que “...la vulnérabilité de l’homme precede l’esprit des lois” (FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnerabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 16).

⁵¹⁵ MORAES, Paulo Valério Da Pai. *Op. cit.*, p. 125.

⁵¹⁶ CHAZAL, Jean-Pascal. *Op. cit.*, p. 249.

⁵¹⁷ Sobre o tema, v., por todos: NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 64.

revoluções sociais desse período: a revolução industrial e a revolução do consumo⁵¹⁸. Com efeito, a ordem jurídica moderna supôs, sobretudo nas relações privadas, a “igualdade entre os desiguais” com base na “supremacia da vontade”⁵¹⁹, legitimando uma concepção de justiça meramente formal⁵²⁰. Assim, vale lembrar que o *voluntarismo jurídico*, traço característico do Direito Privado Moderno, considerava a vontade individual o centro (fonte exclusiva) da criação dos negócios jurídicos, chegando-se mesmo a ignorar a existência anterior do direito objetivo (lei)⁵²¹. Conseqüentemente, foi apenas com a transição da concepção liberal para a concepção social do Estado de Direito ao longo do século XX⁵²² que se tornou possível realizar, a partir de uma concepção material (substancial) de igualdade, o que Josserand denominou de “política jurídica de proteção dos fracos”⁵²³, i. e., a identificação e tutela efetiva dos grupos sociais em estado (permanente ou transitório) de vulnerabilidade, na tentativa de corrigir (ou amenizar) os desequilíbrios estruturais presentes na sociedade⁵²⁴.

Portanto, pode-se afirmar que o reconhecimento de um conceito jurídico de vulnerabilidade e da necessidade de proteção jurídica dos vulneráveis são realidades que ganham destaque em um direito privado *pós moderno*, centrado na afirmação dos princípios e direitos fundamentais como expressões da dignidade humana (CF, art. 1º, III)⁵²⁵. Sobre o conceito jurídico de vulnerabilidade, afirmam Marques e Miragem:

⁵¹⁸ Cf. análise realizada no Capítulo 1, subitem 1.1.

⁵¹⁹ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. por todos: GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 09-12.

⁵²⁰ Sobre o tema, v. MARTINS, Fernando Rodrigues. **O Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 56-108. Na doutrina portuguesa, observa Ferreira de Almeida que a ordem jurídica liberal, com suas concepções formais de liberdade e igualdade, contribuiu em larga medida para o aumento dos desequilíbrios oriundos dessas revoluções sociais (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina. 1982, p.19).

⁵²¹ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. por todos: GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 09-12.

⁵²² Sobre o tema, v., por todos: NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986 e; VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

⁵²³ JOSSERAND, Louis. A proteção aos fracos pelo direito. Trad. Francisco de Assis Andrade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 128, março de 1950, p. 363-364.

⁵²⁴ Na ordem jurídica brasileira, sobretudo a partir das garantias constitucionais da Constituição Federal de 1988, intensificou-se o reconhecimento de grupos sociais em estado de vulnerabilidade (ou, ainda, de *hipervulnerabilidade*) como os consumidores (CF, art. 5º, XXXII), os portadores de deficiência (CF, art. 227, §§ 1º e 2º e art. 244), os idosos (CF, art. 230), as crianças e os adolescentes (CF, art. 227, *caput*) e ainda as “futuras gerações” (CF, art. 225). Sobre o tema, v. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 125 *et seq.*

⁵²⁵ Sobre o tema, v. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, janeiro-março de 2000, p. 123-129.

... a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação (...) A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica⁵²⁶.

O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo (CDC, art. 4º, I) justifica (explica) a existência do Direito do Consumidor na ordem jurídica brasileira⁵²⁷, na medida em que a vulnerabilidade é “...mais do que uma presunção, uma definição constitutiva do consumidor”⁵²⁸. Com efeito, a presunção (definição) legal de vulnerabilidade (CDC, art. 4º, I) – fundamentada nos princípios constitucionais da dignidade humana (CF, art. 1º, III), igualdade (CF, art. 5º, caput), proporcionalidade (CF, art. 5º, § 2º), solidariedade social (CF, art. 3º, I), confiança (CF, art. 5º, § 2º) e defesa do consumidor (CF, art. 170, V) – estabelece “critério geral de interpretação”⁵²⁹ do microsistema jurídico de proteção dos consumidores (inclusive de extensão do campo de aplicação do CDC na proteção dos “vulneráveis não consumidores”)⁵³⁰.

⁵²⁶ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 117 e 162. Moraes, por sua vez, ensina que “Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 125). Na doutrina francesa, v ainda: FAVIER, Yann. A inalcável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Trad. Vinícius Aquini e Káren Rick D. Bertonecello. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 85, Janeiro-fevereiro de 2013, p. 16).

⁵²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 99 e; BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 37

⁵²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 100.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 100.

⁵³⁰ Convém lembrar que a vulnerabilidade, no contexto normativo do CDC (art. 4º, I), não se confunde com a *hipossuficiência* dos consumidores (CDC, art. 6º, VIII), que se apresenta como critério hermenêutico com finalidade processual, notadamente na concessão da “inversão do ônus da prova” como meio de *facilitação da defesa dos direitos* do consumidor em juízo. Sobre o tema, v. por todos: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 326-327; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 183; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Direito Processual. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 15; LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 85-91 e; TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 31-33.

Assim sendo, entende-se que

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador, 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 equitativa⁵³¹.

Em suma: o reconhecimento da posição de vulnerabilidade dos consumidores demonstra que as relações de consumo jamais serão vínculos paritários, mas *sempre* vínculos desequilibrados⁵³². Esse reconhecimento jurídico – que, em razão da sociedade globalizada de consumo⁵³³, desenvolve-se cada vez mais em perspectiva internacional⁵³⁴ - evidencia o desequilíbrio estrutural (intrínseco) das relações de consumo⁵³⁵ e justifica, portanto, o conjunto de limites legais a existência de situações que possam comprometer o sinalagma dessa relação⁵³⁶. As causas da vulnerabilidade dos consumidores, próprias da sociedade de consumo contemporânea, traduzem os fatores de desequilíbrio estrutural das relações de consumo, cuja análise será feita a seguir.

⁵³¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 117.

⁵³² Como ensina Chazal “La relation entre le consommateur et le professionnel se caractérise par un déséquilibre, le consommateur étant, face au professionnel, dans une relation d’infériorité” (CHAZAL, Jean-Pascal. **Vulnérabilité et droit de la consommation**. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnérabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 249).

⁵³³ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.1).

⁵³⁴ Nesse sentido, observam Marques e Miragem que “...nas últimas décadas, formou-se um consenso internacional em relação à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e conseqüente necessidade de proteção diferenciada” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 33). A propósito, Sobre o reconhecimento da vulnerabilidade como princípio internacional de proteção dos consumidores v.: ILA - International Law Association/Committee on the International Protection of Consumers. **Resolution n. 4/2012 – Sofia Statement on the development of international principles on consumer protection**. Disponível em <<http://www.brasilcon.org.br/?pag=noticia&id=2770>>. Acesso em 12 set. 2012.

⁵³⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 30.

⁵³⁶ Por essa razão se afirma que o princípio constitucional da *defesa do consumidor* (CF, art. 170, V), densificado (concretizado) no princípio infraconstitucional da vulnerabilidade (CDC, art. 4º, I) é um “...princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 149).

2.1.2. Fatores de desequilíbrio estrutural da relação jurídica de consumo

A sociedade de consumo contemporânea (sociedade massificada, pluralista, da informação e globalizada) produz, segundo a doutrina francesa, dois fatores gerais de desequilíbrio estrutural nas relações de consumo: a vulnerabilidade econômica e a cognitiva ou informacional⁵³⁷. No Brasil, a doutrina jurídica realizou importantes desdobramentos desses dois fatores gerais apontados pelos franceses (notadamente o cognitivo ou informacional)⁵³⁸, inclusive desconstituindo, para alguns desses desdobramentos, o entendimento geral acerca da presunção absoluta (*iure et de iure*) de vulnerabilidade⁵³⁹ quando presentes consumidores pessoas jurídicas e mesmo “vulneráveis não consumidores”⁵⁴⁰.

Nesse sentido, entende Marques que a vulnerabilidade dos consumidores pode ser *fática, técnica, jurídica ou informacional*. A *vulnerabilidade fática (ou socioeconômica)* corresponde ao fator geral econômico da doutrina francesa, i. e., a fragilidade dos consumidores está presente em razão da disparidade de forças entre eles e o fornecedor que “...por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos os que com ele contratam”⁵⁴¹. Trata-se de um fator diretamente relacionado à *massificação* da produção/consumo (como visto, uma característica já presente na sociedade *moderna* de consumo)⁵⁴², e potencializado pela *globalização* contemporânea (pós moderna) do mercado

⁵³⁷ Assim, observa Chazal: “La vulnérabilité du consommateur s’explique par la situation d’infériorité dans laquelle il se trouve généralement par rapport au professionnel. Cette infériorité se situe sur un double plan: au plan économique (1) et au plan cognitif, ou informationnel (2)” (CHAZAL, Jean-Pascal. *Vulnérabilité et droit de la consommation*. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnérabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 247).

⁵³⁸ Destaque para a obra de Claudia Lima Marques (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 320 *et seq*; _____.; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 154-161), bem como: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 141 *et seq*.

⁵³⁹ Sobre o princípio da vulnerabilidade (CDC, art. 4º, I) como presunção absoluta de direito, v. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 99.

⁵⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo... cit., p. 154 e 156.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 157-158. No mesmo sentido, v. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. cit.*, p. 175-180. Sobre a importância da proteção do “economicamente vulnerável” como fator de justiça contratual v. LARENZ, Karl. **Derecho justo**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas. 1993, p. 80

⁵⁴² Cf. Capítulo 1, subitem 1.1.1.

de consumo⁵⁴³. Quanto às demais espécies de vulnerabilidade apontadas por Marques, constituem elas desdobramentos do fator cognitivo ou informacional⁵⁴⁴ e relacionam-se não apenas com a massificação e a globalização, mas também com as outras características da sociedade de consumo contemporânea, i. e., com o pluralismo e o “informacionismo” (sociedade da informação)⁵⁴⁵.

A *vulnerabilidade técnica* evidencia o desequilíbrio da relação de consumo pela falta de conhecimentos técnicos dos consumidores sobre os produtos e serviços ofertados no mercado⁵⁴⁶. Em outros termos, a posição de destinatário final ocupada no mercado massificado demonstra que os consumidores não têm poder diretivo sobre a produção e funcionamento de produtos e serviços, expondo-se a risco de acidentes com produtos e serviços potencial ou altamente perigosos (CDC, arts. 9º e 10 c/c arts. 12 a 17), além da exposição a informações enganosas e abusivas (CDC, arts. 30 a 38) e outras formas de abuso por parte dos fornecedores (CDC, arts. 39 a 51)⁵⁴⁷.

Por oportuno, cumpre observar que esse déficit informacional, no contexto de uma sociedade de consumo massificada e *culturalmente pluralista* (com distintos grupos de consumidores), potencializa todos esses riscos para alguns grupos compreendidos como “hipervulneráveis”, ensejando níveis mais qualificados de informação. Segundo Marques a vulnerabilidade técnica deve ser considerada uma presunção *absoluta* para qualquer destinatário fático e econômico do produto ou serviço (o consumidor *stricto sensu*, sobretudo se pessoa física⁵⁴⁸) e uma presunção *relativa* para ao destinatário meramente fático (o “vulnerável não consumidor” ou “consumidor profissional (intermediário)”) ⁵⁴⁹.

A *vulnerabilidade jurídica (ou científica)* decorre da falta de conhecimentos necessários à compreensão e atuação dos consumidores no próprio mercado de consumo, i. e.,

⁵⁴³ Sobre o tema, v. IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 5 (Anno XLVIII), settembre-ottobre/2002, p. 625-635. Na doutrina brasileira v., por todos: FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 41, São Paulo, janeiro-março de 2002, p. 81-95.

⁵⁴⁴ Sobre o tema, observa Bessa que “A vulnerabilidade informativa representa hoje o maior fator de desequilíbrio da relação com o fornecedor” (BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 43).

⁵⁴⁵ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitens 1.1.1).

⁵⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 320-321 e; _____.; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 154-155. No mesmo sentido, v. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 141-145.

⁵⁴⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. cit.*, p. 141-142.

⁵⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo... cit.*, p. 159.

⁵⁴⁹ *Idem*. *Contratos... cit.*, p. 321.

“...conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”⁵⁵⁰. Assim como ocorre na vulnerabilidade técnica, o *pluralismo cultural* da sociedade de consumo contemporânea também justifica a existência de grupos de consumidores “hipervulneráveis”, com maior carência de informações jurídicas e afins. Convém notar, porém, que o grau geral de vulnerabilidade jurídica deve ser compreendido como uma presunção *absoluta* apenas para os consumidores *pessoas físicas*, pois as pessoas jurídicas, ainda que destinatárias finais fáticas e econômicas do produto ou serviço (CDC, art. 2º, *caput*), possuem, em princípio, a estrutura e organização necessárias para obter tais conhecimentos antes de contratarem⁵⁵¹.

Quanto à vulnerabilidade jurídica, cumpre destacar ainda a posição de Moraes, para quem essa espécie de vulnerabilidade não está relacionada à carência de conhecimentos jurídicos, contábeis e de economia. Segundo o autor a falta desses conhecimentos corresponderia à já analisada vulnerabilidade técnica dos consumidores⁵⁵² e a vulnerabilidade jurídica seria então a dificuldade de acesso dos consumidores aos mecanismos judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos, mais pela ausência de informações do que pela inexistência de tais instrumentos de tutela⁵⁵³.

Sobre tal divergência doutrinária, entende-se que a proposta classificatória de Marques busca especializar os variados tipos de informações cujo déficit torna vulneráveis os consumidores. Nesse sentido, parece mais adequado não confundir o déficit de conhecimentos a respeito de produtos e serviços com o aquele relacionado a conhecimentos jurídicos e afins⁵⁵⁴. Aliás, a ausência de conhecimentos jurídicos em geral - *e. g.* informações sobre os direitos básicos do consumidor (CDC, art. 6º) e sobre a existência e finalidade de órgãos que, direta e indiretamente, possam defender os direitos do consumidor – representa, no mais das vezes, uma deficiência na atuação dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do

⁵⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 155-156 e; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 322-323.

⁵⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 323.

⁵⁵² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 146.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 146.

⁵⁵⁴ Importa destacar a lição de Moraes a respeito da existência de uma “*vulnerabilidade tributária*” dos consumidores, relacionada, sobretudo, a falta de informações adequadas sobre o valor e os critérios de cobrança dos tributos cujo fato gerador é a aquisição e utilização de produtos e serviços no mercado de consumo (*Ibidem*, p. 191-203). Entende-se que essa específica vulnerabilidade, por tratar de um déficit informacional de natureza jurídica (e, também, econômica e contábil), pode ser compreendida no contexto mais amplo de uma *vulnerabilidade jurídica (científica)* dos consumidores.

Consumidor (CDC, arts. 105 a 106)⁵⁵⁵ em garantir o direito básico à *educação para o consumo* (CDC, art. 6º, II) que, em essência, é o direito dos consumidores receberem informações suficientes e adequadas que os capacitem para atuar, de modo mais consciente, no mercado de consumo⁵⁵⁶.

Por fim, existe a *vulnerabilidade informacional*, onde notadamente se destaca a fragilidade do consumidor pessoa física⁵⁵⁷. Afirma Marques que essa espécie de vulnerabilidade poderia ser confundida com a vulnerabilidade técnica, na medida em que sugere uma fragilidade por déficit de informações⁵⁵⁸. Contudo, sustenta a eminente jurista que se trata de uma vulnerabilidade específica, típica do contexto contemporâneo (pós moderno), em que a sociedade de consumo identifica-se com o já apresentado conceito de “sociedade da informação”⁵⁵⁹. Nesse contexto, frise-se, a informação apresenta-se como bem e valor culturalmente significativos, de modo que o consumo de informação – preferencialmente se abundante e veloz – revela-se sinônimo de qualidade de vida e de poder⁵⁶⁰. Justifica-se, então, a valorização dos consumidores pelas novas tecnologias da informação (*internet*, celulares “inteligentes” (*smartphones*)⁵⁶¹ etc.), como bens massificados de comunicação, entretenimento e contratação, o chamado “comércio eletrônico”⁵⁶².

Assim sendo, a vulnerabilidade informacional dos consumidores é, em primeira análise, uma vulnerabilidade por *abundância* (e não déficit) informacional. Na feliz expressão de Miragem, caracteriza-se por uma “*hiperinformação que desinforma*”⁵⁶³. Com efeito, afirma Marques que nas novas tecnologias da informação esta “...não falta, ela é abundante,

⁵⁵⁵ Sobre o tema, v. SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 148 *et seq.*

⁵⁵⁶ Sobre o tema, v. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 81.

⁵⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 159.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 158 e; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 329.

⁵⁵⁹ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.1).

⁵⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos... cit.*, p. 330.

⁵⁶¹ No primeiro semestre de 2013, foi noticiado que o número de *smartphones* no mercado de consumo superou, pela primeira vez, o número de celulares convencionais (216 milhões de *smartphones* contra 202 milhões de celulares convencionais), alcançando 51,6% do mercado nesse setor (Disponível em: <<http://www1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/smartphones-superam-celulares-pela-primeira-vez-em-envios-lojas.html>>. Acesso em 26.04.2013.

⁵⁶² Sobre o tema, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004 e; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

⁵⁶³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 442.

manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária”⁵⁶⁴. Essa abundância de informações, justamente porque controlada (manipulada) pelos fornecedores, pode resultar em ausência (ou dificuldade de acesso e/ou compreensão) das informações mais importantes, sobretudo no âmbito da *internet*. Por isso, considera Marques que no espaço virtual os consumidores experimentam uma aparência de liberdade que é, na verdade, causa de sua vulnerabilidade informacional⁵⁶⁵.

Outro aspecto que chama a atenção nessa “sociedade da informação” – pautada pela abundância de informações e pelo controle e manipulação das mesmas pelos agentes econômicos – é o que Moraes denomina *vulnerabilidade neuropsicológica*⁵⁶⁶, i. e., a indução de necessidades de consumo pelas técnicas de *marketing*⁵⁶⁷ que agem no complexo funcionamento do sistema nervoso humano⁵⁶⁸.

Para Moraes, a vulnerabilidade neuropsicológica não se confunde com a vulnerabilidade técnica, na medida em que todos os consumidores – mesmo os que possam ter algum conhecimento técnico sobre os métodos utilizados pelos profissionais do *marketing* – estão expostos a essa possibilidade de manipulação de desejos e necessidades de consumo⁵⁶⁹. É importante notar ainda que a vulnerabilidade informacional, no contexto de uma sociedade de consumo *pluralista*⁵⁷⁰, pode ser agravada na medida em que essa abundância de informações controladas e transmitidas pelos novos meios tecnológicos, bem como a própria manipulação dos desejos e necessidades pelos profissionais do *marketing*, estiver direcionada aos já mencionados grupos “hipervulneráveis” de consumidores. Por fim, cabe destacar, além dos fatores aqui apresentados, dois fatores que, segundo Moraes, repercutem no princípio jurídico da vulnerabilidade dos consumidores (CDC, art. 4º, I) e estão diretamente

⁵⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 158. Na sociedade da informação, essa extrema valorização da quantidade e da velocidade de acesso à informação parece identificar-se com a ideia de “qualidade”. Sobre o tema, v. GUERSI, Carlos Alberto. Derecho e información. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil – V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 57.

⁵⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 72. No mesmo sentido, v. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 44-45.

⁵⁶⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 166-175.

⁵⁶⁷ Sobre o conceito de *marketing* v. SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 20 e; CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 12-13.

⁵⁶⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. cit.*, p. 171-172.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 173. Destaca-se aqui a existência de tipo publicitário conhecido como “publicidade simulada” que é considerada ilícita por violar o chamado *princípio da identificação da mensagem publicitária* (CDC, art. 36). Sobre o tema, v., por todos: SANTOS, Fernando Gherardini. *Op. cit.*, p. 228.

⁵⁷⁰ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.1).

relacionados à dimensão *transindividual* (CDC, art. 2º, parágrafo único c/c art. 81, parágrafo único, I e II) incidente nas relações de consumo: a *vulnerabilidade política ou legislativa* e a *vulnerabilidade ambiental*⁵⁷¹.

Esses são, portanto, os principais fatores (causas) do desequilíbrio estrutural (intrínseco) das relações de consumo⁵⁷², cuja existência, lembre-se, constitui aspecto fundamental do sinalagma caracterizador desses vínculos jurídicos. Com efeito, o desequilíbrio *excessivo* (inexistência ou perda do sinalagma) das relações de consumo será analisado a seguir.

2.2. O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo

A existência de um Estado Social de Direito, interventor nas atividades econômicas privadas, traduz, no aspecto jurídico (e, especificamente, no campo do direito privado), uma mudança de postura em relação ao conceito de *justiça contratual*⁵⁷³. Com efeito, se no Estado Liberal de Direito (séculos XVIII, XIX e primeira metade do século XX), a justiça contratual estava associada à efetividade quase absoluta da *autonomia da vontade*⁵⁷⁴, com o Estado

⁵⁷¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 154-166 e 180-191. No primeiro caso, a coletividade difusa de consumidores não possui o mesmo nível de organização sócio política dos fornecedores para a defesa dos seus interesses econômicos e sociais, em que pese a trajetória, nas últimas três décadas, de instituições privadas com finalidade de representação dos consumidores (notadamente, o IDEC e o BRASILCON). A *vulnerabilidade ambiental*, por sua vez, diz respeito ao impacto que a própria sociedade de produção e consumo massificados pode trazer ao meio ambiente e, por consequência, ao ser humano, bem como ao grau ainda insuficiente de políticas públicas capazes de estabelecer patamares satisfatórios de “consumo sustentável”. Sobre esses dois temas, na doutrina brasileira v., por todos: SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 251 *et seq.*; TRAJANO, Fábio de Souza. O princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 71, julho-setembro de 2009, p. 65-76 e; AZEVEDO, Fernando Costa de. O direito do consumidor e a questão ambiental. In: LOBATO, Anderson O. Cavalcante; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; LONDERO, Josirene Candido. **Direito e Sociedade na América Latina do Século XXI**. Pelotas: Editora e Gráfica Univeristária/UFPel. 2009, p. 345-354.

⁵⁷² Há ainda outras importantes análises sobre a vulnerabilidade dos consumidores que, no entanto, representam desdobramentos dos fatores gerais aqui apresentados. Nesse sentido, a interessante proposta de uma “vulnerabilidade religiosa” do consumidor (SILVA, Ivan de Oliveira. **Relação de Consumo Religiosa**. A vulnerabilidade do fiel-consumidor e a sua tutela por meio do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas. 2012).

⁵⁷³ Sobre o tema, v. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978; na doutrina brasileira v., por todos: MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 56-137.

⁵⁷⁴ Sobre o tema, v. GHESTIN, Jacques. L’utile et le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris, t. 26, 1981, p. 36; RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2002, p. 53-55; ALTERNI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto M. **La autonomía de**

Social a interpretação do conceito de justiça contratual passa a depender, fundamentalmente, da manutenção de equilíbrio de prestações e direitos, compreendido como condição para a eficácia da relação jurídica⁵⁷⁵. Essa condição passa a valer mesmo para as relações contratuais sinalagmáticas caracterizadas por equilíbrio estrutural de posições jurídicas (e. g. nas relações comerciais entre empresas de semelhante porte), onde o princípio da autonomia da vontade mantém sua centralidade⁵⁷⁶, porém condicionada à existência de equivalência econômica (bilateralidade) entre prestações⁵⁷⁷.

Contudo, a tônica maior dessa mudança parece ser o reconhecimento do *desequilíbrio estrutural* de posições jurídicas em determinadas relações obrigacionais, a exigir um regime jurídico tutelar da parte mais frágil⁵⁷⁸, como concretização, sobretudo, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade material (CF, art. 5º, *caput*)⁵⁷⁹. Como ensina Marques:

A nova concepção de contrato é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação de vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os *efeitos* do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a *condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância*⁵⁸⁰.

la voluntad en el contrato moderno. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1989, p. 17 *et. seq.* Na doutrina brasileira v., por todos: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** t. XXXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó. 1962, p. 39; SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. **Problemas de Direito Positivo.** Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Forense. 1953, p. 14-16; GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 09-11; NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais.** São Paulo: Saraiva. 1994, p. 64 e; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 51-64.

⁵⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 282. Sobre o tema, v. ainda: NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 63-73 e; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Op. cit.*, p. 21.

⁵⁷⁶ GHESTIN, Jacques. *Op. cit.*, p. 39. Sobre a centralidade do princípio da autonomia da vontade nos *contratos comerciais internacionais*, v. FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O Direito Civil no Século XXI.** São Paulo: Saraiva. 2003, p. 552.

⁵⁷⁷ No direito interno (ordem jurídica brasileira), veja-se que o Código Civil de 2002, sistema jurídico concebido para regular as relações contratuais “entre iguais”, apresenta instrumentos para correção do desequilíbrio contratual, como os arts. 317 e 478 (revisão e resolução contratuais por alteração superveniente da base negocial). A propósito, já nos manifestamos, em outra oportunidade, sobre o tema: AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio contratual provocado pela alteração superveniente da base negocial: a resolução e a revisão contratual por onerosidade excessiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica Empresarial.** Sapucaia, n. 16, setembro-outubro de 2010, p. 68-78.

⁵⁷⁸ LARENZ, Karl. **Derecho Justo.** Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993, p. 80.

⁵⁷⁹ Cf. Capítulo 1, subitem 1.1.2.

⁵⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 210 – grifou-se.

Nesse contexto, onde se destacam as relações de consumo (CF, art. 5º, XXXII), a imperatividade da lei atua para tornar ainda mais relativa a força da “autonomia da vontade”⁵⁸¹, no intuito de garantir o “equilíbrio mínimo” dessas relações e evitar, assim, as situações de desequilíbrio *excessivo*⁵⁸².

2.2.1. O “equilíbrio mínimo” da relação jurídica de consumo

No sistema jurídico brasileiro, a garantia de “equilíbrio mínimo” nas relações de consumo foi reconhecida expressamente no CDC (art. 4º, III)⁵⁸³. Trata-se do chamado “*princípio do equilíbrio*”⁵⁸⁴ (ou da *equivalência material*)⁵⁸⁵, específico princípio infraconstitucional que pretende operacionalizar o conceito de “equilíbrio mínimo” no contexto da ordem econômica brasileira (CF, art. 170) e, ao mesmo tempo, balizar, em conformidade com os fundamentos constitucionais do Direito do Consumidor⁵⁸⁶, a aplicação das normas do CDC para o exercício de adequada tutela dos direitos e interesses (econômicos ou não) dos consumidores⁵⁸⁷.

Em outros termos, entende-se que esse princípio opera a partir de duas perspectivas de equilíbrio para as relações de consumo: a *perspectiva externa*, na qual importa a harmonização da proteção dos consumidores (CF, art. 170, V) com os demais interesses/bens constitutivos

⁵⁸¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 275-276.

⁵⁸² Como ensina Marques: “O Estado passa, assim, a interessar-se pelo *sinlagma interno* das relações privadas e a revisar os excessos, justamente porque, convencido da desigualdade intrínseca e excludente entre os indivíduos, deseja proteger o *equilíbrio mínimo* das relações sociais e a *confiança do contratante mais fraco*” - grifou-se (*Ibidem*, p. 292).

⁵⁸³ Dispõe o CDC, art. 4º, III: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III – a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e *equilíbrio* nas relações entre consumidores e fornecedores” – grifou-se.

⁵⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 112-114.

⁵⁸⁵ 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, abril-junho de 2002, p. 192-193.

⁵⁸⁶ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.2).

⁵⁸⁷ Sobre o tema, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 14, 1995, p. 21-23. Miragem, a propósito, faz oportuna reflexão: “O CDC, ao estabelecer normas de proteção do consumidor, o faz em consideração a uma série de interesses reconhecidos pela própria norma como legítimos. Não se restringe, portanto, ao interesse meramente econômico, representado pelo equilíbrio das prestações de consumidores e fornecedores. Nem tampouco se pode reconhecer a proteção endereçada apenas aos interesses de conteúdo patrimonial do consumidor, em que pese sejam estes os que se manifestam *prima facie*” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 431-432).

da ordem econômica brasileira, tais como a livre iniciativa, a livre concorrência e proteção ambiental⁵⁸⁸ (CF, art. 170, *caput*, IV e VI) e; a *perspectiva interna*, na qual importa a preservação dos aspectos constitutivos do *sinagma* (bilateralidade como proporção/equivalência econômica das prestações contratuais e proteção das demais expectativas legítimas (confiança) dos consumidores em razão do desequilíbrio estrutural)⁵⁸⁹.

Importante destacar que a busca dessas duas perspectivas de equilíbrio deve ocorrer “... com base na boa-fé” (CDC, art. 4º, III). Isso significa que a boa-fé objetiva, mais do que uma cláusula geral a estabelecer deveres (anexos, instrumentais) de conduta aos fornecedores, atua como princípio infraconstitucional⁵⁹⁰ cuja função consiste: *em perspectiva externa*, servir de critério funcional para a concretização da principiologia constitucional, no intuito de buscar, sempre que possível, a harmonização (ou uma “ordem de cooperação”)⁵⁹¹ dos interesses constitutivos da ordem econômica brasileira (CF, art. 170) com a proteção do agente em posição vulnerável no mercado de consumo (CF, arts. 5º, XXXII e 170, V)⁵⁹² e; *em perspectiva interna*, orientar, a partir dos princípios fundamentais do Direito do Consumidor⁵⁹³, a aplicação das normas de proteção dos consumidores para a preservação do *sinagma* nas relações de consumo.

Aguiar Júnior, a propósito da relevância do princípio da boa-fé objetiva na perspectiva *externa* de equilíbrio das relações de consumo, chama a atenção para a adequada interpretação que se deve dar ao princípio.

⁵⁸⁸ Sobre o tema, v. MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 81, janeiro-março de 2012, p. 42 *et seq.*

⁵⁸⁹ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.2.3).

⁵⁹⁰ Nesse sentido, observa Aguiar Júnior que “...a boa-fé aparece aqui [no art. 4º, III] como princípio orientador da interpretação e não como cláusula geral para a definição das regras de conduta” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 14. 1995, p. 21). Segundo o eminente jurista a caracterização da boa-fé objetiva como cláusula geral ocorre apenas no art. 51, IV do CDC (*Ibidem*, p. 23-24). Sobre o “princípio” da boa-fé objetiva no CDC (art. 4º, III) v. ainda: MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 640-641.

⁵⁹¹ Destaque-se a análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.2.2) a respeito da boa-fé objetiva como norma concretizadora de uma “ordem de cooperação” nas relações de consumo, balizada pelos princípios constitucionais da solidariedade social (CF, art. 3º, I) e da confiança (CF, art. 5º, §2º).

⁵⁹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 14. 1995, p. 22.

⁵⁹³ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.2.2).

Afirma, pois, o eminente jurista:

...a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios, onde eventualmente poderá prevalecer o interesse contrário ao do consumidor, ainda que a sacrifício deste, se o interesse social prevalente assim o determinar. Considerando dois parâmetros de avaliação: a natureza da operação econômica pretendida e o custo social decorrente desta operação, a solução recomendada pela boa-fé poderá não ser favorável ao consumidor⁵⁹⁴.

Já na perspectiva *interna* de equilíbrio das relações de consumo, esclarece Marques que a relevância do princípio da boa-fé está no fato de que ele:

...valoriza os interesses legítimos que levam cada uma das partes a contratar, e assim o direito passa a valorizar, igualmente e de forma renovada, o nexu entre as prestações, sua interdependência, isto é, o sinalagma contratual (*nexum*). Da mesma forma, ao visualizar, sob influência do princípio da boa-fé objetiva, a obrigação como uma totalidade de deveres e direitos no tempo e ao definir também como abuso a unilateralidade excessiva ou o desequilíbrio irrazoável da engenharia contratual, valoriza-se, por consequência, o equilíbrio intrínseco em sua totalidade e redefine-se o que é razoável em matéria de concessões do contratante mais fraco (*Zumutbarkeit*)⁵⁹⁵.

Em perspectiva interna o “equilíbrio mínimo” da relação de consumo consiste na manutenção dos aspectos constitutivos do sinalagma que, como visto, caracteriza esse tipo de relação jurídica⁵⁹⁶. Seguindo a orientação de Marques, pode-se dizer então que o “equilíbrio mínimo” da relação de consumo realiza-se na *garantia de proteção das expectativas legítimas (confiança)* dos consumidores⁵⁹⁷, que dizem respeito: a) à adequação e segurança dos produtos e serviços ofertados pelos fornecedores; b) à bilateralidade (proporção ou equivalência econômica) nos contratos de consumo, sobretudo os que se prolongam no tempo, onde fatos supervenientes podem onerar excessivamente o valor da prestação assumida pelo consumidor e; c) ao exercício regular (não abusivo) da posição jurídica dos fornecedores, seja

⁵⁹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 14. 1995., p. 22. Outro bom exemplo pode ser extraído da decisão do Supremo Tribunal Federal, relativa ao tema do “campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia” e seu possível impacto na saúde e segurança dos consumidores (no caso, moradores do Bairro de Boaçava em São Paulo): Direito Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública. Ambiental. Imposição de obrigação à recorrente para redução do campo eletromagnético de uma de suas linhas transmissão. Necessidade de composição de princípios e regras constitucionais. Matéria passível de milhares de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera de interesse de milhares de pessoas. Tema com repercussão geral (STF. RE n. 627.189 RG/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 22.09.2011).

⁵⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 289-290.

⁵⁹⁶ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.2.3).

⁵⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 281-282.

no sentido de atender aos interesses imediatamente econômicos (proporção econômica da relação/contrato de consumo) ou aos interesses mediamente econômicos (acesso à informação⁵⁹⁸ e demais bens existenciais) dos consumidores⁵⁹⁹.

Nesse sentido, duas observações são necessárias. Em primeiro lugar, entende-se que o aspecto da bilateralidade (proporção/equivalência econômica das prestações) encontra-se também na pauta das expectativas legítimas (confiança) dos consumidores, mesmo que a perda dessa equivalência possa ser atribuída a fatos alheios à atuação dos fornecedores do mercado. Em outros termos, os consumidores têm a legítima expectativa de que o valor da prestação assumida em contrato de execução prolongada no tempo não sofrerá excessiva alteração de valor (perda do *signalagma funcional*), ainda que essa situação possa ocorrer por fato não imputável à atuação dos fornecedores, como um grau inesperado de desvalorização monetária (inflação) ou uma crise econômica mundial⁶⁰⁰.

Por outro lado, ainda que seja oportuno estabelecer certa distinção entre “equilíbrio econômico” e “equilíbrio de posição jurídica”⁶⁰¹, entende-se que ambas as situações remetem à necessidade de proteção da confiança (expectativas legítimas) dos consumidores, em razão da própria teleologia do CDC⁶⁰². Ocorre que o paradigma da confiança na sociedade de consumo contemporânea, segundo a precisa lição de Marques, apresenta-se como

...um paradigma mais visual (...) menos valorativo ou ético das condutas (do que a ‘boa-fé’) [e] mais voltado para as percepções coletivas e para o resultado fático da conduta de um agente (relembre-se aqui a teoria da confiança como declaração que cria expectativas legítimas em um grupo, que deve ser mantida). Parece-me, pois, um paradigma mais adaptado aos novos tempos visuais (valorando a aparência e o resultado fático do dano), tempos rápidos em seus atos e efeitos (delitos e contratos), onde os controles estão cada vez mais fracos, o déficit informacional dos

⁵⁹⁸ Miragem, nesse sentido, refere a existência de equilíbrio como “equiparação ou equidade informacional” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p 171). O tema está relacionado, sobretudo, aos deveres *transparência* (CDC, art. 4º, *caput*) e *equidade* no mercado de consumo (CDC, art. 51, IV). Sobre esses temas, na doutrina brasileira, v. MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 192; 714-720 e 873-874 e; FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 68-71.

⁵⁹⁹ O tema dos interesses imediata e mediamente econômicos dos consumidores será desenvolvido mais adiante. Num primeiro momento, quando da análise do exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores como espécie de desequilíbrio excessivo nas relações de consumo (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3); após, quando da análise de cláusula fundamental de correção do abuso nas relações de consumo, a cláusula geral de proibição de *vantagem excessiva* (Parte II, Capítulo 4).

⁶⁰⁰ Essa perda de equivalência econômica (a “onerosidade excessiva superveniente”) caracteriza uma das espécies de desequilíbrio excessivo da relação de consumo e será analisada na sequência (Capítulo 2, subitem 2.2.2.2).

⁶⁰¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 112-113.

⁶⁰² Aqui, vale lembrar a lição de Carneiro da Frada no que diz respeito à confiança como “termo teleológico das normas jurídicas em especial” (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 361-362).

consumidores cada vez profundo e os desafios de reequilíbrio das relações de consumo cada vez maiores⁶⁰³.

Em segundo lugar, percebe-se que essa garantia de proteção da confiança dos consumidores compreende a relação como um todo⁶⁰⁴, i. e., a totalidade do “processo obrigacional”⁶⁰⁵ constitutivo da relação de consumo, e não apenas o cumprimento dos efeitos *contratuais*. Em outros termos, trata-se da garantia do sinalagma no momento pré-contratual (oferta/publicidade), contratual propriamente dito (conclusão e execução do contrato) e pós-contratual da relação de consumo.

Como bem observa Lôbo:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva e equaciona e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças e circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega do cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes ou desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária⁶⁰⁶.

Em suma: O desequilíbrio *excessivo* da relação de consumo pode ser compreendido como situação que compromete o “equilíbrio mínimo” esperado para essa relação, sobretudo na sua perspectiva interna, referente à proteção do “sinalagma interno”⁶⁰⁷ da relação. Este sinalagma, como visto, pressupõe a realidade de desequilíbrio estrutural da relação de consumo, “...uma instabilidade que precisa ser mantida no ponto equânime, eis que alguém ou alguma coisa se equilibra para não cair”⁶⁰⁸. E a manutenção deste “equilíbrio mínimo” condiciona-se à garantia de proteção das expectativas legítimas dos consumidores que, como visto, projetam-se no aspecto *relacional* – confiança na qualidade (adequação e segurança)

⁶⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 208.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 270 e 289.

⁶⁰⁵ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky. 1976, p. 97 *et seq.* e; MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 383-409.

⁶⁰⁶ 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, abril-junho de 2002, p. 192.

⁶⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 292.

⁶⁰⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A lesão enorme e o Direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 97.

dos produtos e serviços, na preservação da bilateralidade econômica dos contratos e na atuação regular (sem abusividade) dos fornecedores no mercado de consumo – e no da própria *efetividade do sistema jurídico*⁶⁰⁹.

2.2.2. Espécies de desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo

O presente tópico pretende apresentar as espécies de desequilíbrio excessivo nas relações de consumo, seguindo a tese de que são, em essência, situações de violação da “base mínima (objetiva)”⁶¹⁰ dessas relações, i. e., das legítimas expectativas (confiança) que os consumidores, sujeitos vulneráveis na sociedade de consumo contemporânea, possuem em relação ao comportamento dos fornecedores, à dinâmica do mercado de consumo e à efetividade do próprio ordenamento jurídico⁶¹¹. A confiança, como se percebe, não representa apenas a expectativa de um consumidor individualmente considerado, mas o conjunto das legítimas expectativas de uma comunidade⁶¹² inserida em determinado contexto histórico cultural, denominado “sociedade de consumo contemporânea”⁶¹³.

A finalidade deste tópico é, portanto, apresentar as três espécies de desequilíbrio excessivo nas relações de consumo, destacando-se aquela que tem maior importância pela

⁶⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 245. Em verdade, convém observar que o controle do desequilíbrio excessivo das relações de consumo encontra seu fundamento jurídico não apenas na proteção da confiança (o princípio constitucional da confiança – CF, art. 5º, §2º), mas em todos os demais princípios constitucionais analisados nesta pesquisa (Capítulo 1, subitem 1.1.2.2), com especial destaque para o princípio da *proporcionalidade* que, como já observado, gera, sobretudo no âmbito das relações privadas, um dever negativo, uma “proibição de excessividade”, compreendida como vedação das situações que se traduzem em excessiva desproporção entre prestações e direitos, justificando-se ainda mais nas relações marcadas pelo desequilíbrio estrutural das posições jurídicas. Sobre o tema, v., por todos: PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 12, outubro-dezembro de 2002, p. 143 e; LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993, p. 145 e; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 1993, p. 382.

⁶¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 291.

⁶¹¹ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.2.2 – análise dos princípios fundamentais (constitucionais) do Direito do Consumidor, com destaque para o princípio da confiança); no Capítulo 1 (subitem 1.2.3 – o sinalagma como característica fundamental da relação de consumo) e; no Capítulo 2 (subitem 2.2.1 – o “equilíbrio mínimo” da relação de consumo, sobretudo em sua “perspectiva interna”).

⁶¹² MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 160.

⁶¹³ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.1).

delimitação proposta para esta pesquisa: o desequilíbrio excessivo em razão do *exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores*⁶¹⁴.

2.2.2.1. Desequilíbrio excessivo pela violação da confiança na adequação e segurança de produtos e serviços

O desequilíbrio excessivo da relação de consumo pode ocorrer pela frustração de legítima expectativa (confiança) dos consumidores acerca da *garantia de adequação e/ou segurança* dos produtos e serviços ofertados no mercado. Nesse sentido, o microsistema jurídico de proteção dos consumidores (CDC), com especial fundamento no princípio constitucional da confiança⁶¹⁵ (CF, art. 5º, §2º), tem como finalidade a prevenção e responsabilização dos fornecedores em razão de *acidentes e/ou incidentes de consumo*, caracterizando-se, de um lado, a responsabilidade pelo *fato* do produto e do serviço (CDC, arts. 8º a 17 e 27)⁶¹⁶ e, de outro, a responsabilidade pelo *vício* do produto e do serviço (CDC, arts. 18 a 26)⁶¹⁷.

⁶¹⁴ O tema será analisado na sequência (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

⁶¹⁵ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.142-1.221 e; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 425. Com efeito, cumpre observar que a ênfase dada ao princípio da confiança não elimina a importância dos demais fundamentos (princípios constitucionais) do Direito do Consumidor que foram anteriormente apresentados (Capítulo 2, subitem 2.2.2).

⁶¹⁶ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.199-1.221; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002; LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 221 *et seq.*; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 125 *et seq.*; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 428-486; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 238-264 e 273-279; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 258 *et seq.*; PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos. Das origens ao Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 49-85; SILVA FILHO, Artur Marques da. Código do Consumidor – Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 621-643; STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 277-288 e PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. **Revista da AJURIS**, s/d, p. 07-24.

⁶¹⁷ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.145-1.199; LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 193-219; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 125 *et seq.*; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 486-511; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 265-272 e 279-282; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 170-257 e; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Os vícios dos produtos e o Código de Defesa do

Como ensina Marques:

O consumidor que adquire um produto ou utiliza um serviço oferecido no mercado brasileiro passa a ter, no sistema do CDC, dois tipos de garantia: a garantia legal de adequação do produto ou do serviço, que será concretizada através da utilização de novas normas sobre o *vício*, e a garantia de segurança razoável do produto, imposta pelo CDC nos arts. 8º a 17, que tem por fim a proteção da incolumidade física do consumidor e daqueles equiparados a consumidores⁶¹⁸.

Assim sendo, os dois sistemas de *responsabilidade legal* no CDC⁶¹⁹ põem em evidência os “critérios (ou deveres) gerais de *qualidade*” dos produtos e serviços no mercado de consumo (adequação e segurança), que constituem precisamente um dos conteúdos (fato/valor relevantes) representativos das expectativas legítimas dos consumidores e, por isso mesmo, do próprio princípio constitucional da confiança (CF, art. 5º, §2º) enquanto fundamento da teleologia de proteção jurídica dos consumidores. Em outros termos, os sistemas legais de responsabilidade no CDC, com nexos de imputação objetivo (responsabilidade objetiva), consagram uma “*teoria da qualidade*”, cuja finalidade maior é a proteção da confiança⁶²⁰.

Vale dizer então que o desequilíbrio excessivo da relação de consumo surge: a) quando há frustração da legítima expectativa de *adequação* no produto ou serviço – i. e., quando o produto ou serviço não cumpre, parcial ou totalmente, a finalidade que dele se espera – caracterizando-se o *incidente de consumo* (vício de inadequação) e impondo-se aos fornecedores o cumprimento do dever geral (garantia) de adequação⁶²¹ e; b) quando há frustração da legítima expectativa de *segurança* no produto ou serviço, caracterizando-se o *acidente de consumo* (vício de insegurança ou defeito) e impondo-se aos fornecedores o dever de reparação de danos (garantia legal de segurança) a todas as pessoas lesadas em sua

Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 341-358.

⁶¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.199. No mesmo sentido, v. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 431.

⁶¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.148.

⁶²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 489. Sobre o tema, v. ainda: MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.150 e; BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 125-136.

⁶²¹ Nesse sentido: TJRS. AC 70052416765, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, DJ 27.02.2013; TJRS. AC. 70051211563, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, DJ 12.12.2012; TJRS. AC. 70045570603, Décima Câmara Cível, Rel. Paulo Roberto Lessa Franz, DJ 2.11.2011; TJRS. AC. 70028237840, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, DJ 25.03.2010; TJRS. AC. 70029885142, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, DJ 29.10.2009; TJRS. AC. 70024226540, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, DJ 12.11.2008.

incolumidade físico-psíquica ou ainda patrimonial⁶²² (os destinatários finais do produto ou serviço e as pessoas equiparadas a estes – CDC, art. 17⁶²³).

Sobre a responsabilidade dos fornecedores por vícios de inadequação (CDC, arts. 18 a 26), importa observar que ela demonstra uma aproximação com a tradicional responsabilidade do alienante por “vícios redibitórios”⁶²⁴ (CC, art. 441 a 446), embora haja, pelo menos, duas sensíveis diferenças entre os dois regimes jurídicos⁶²⁵: a) no sistema civilista a garantia de adequação atinge apenas os “vícios ocultos” do bem adquirido, enquanto que o microsistema do CDC estabelece uma garantia de adequação mais ampla, alcançando, além dos vícios ocultos (CDC, art. 26, §3º), também os “aparentes ou de fácil constatação” (CDC, art. 26, *caput*)⁶²⁶ e; b) no sistema civilista a exigência da garantia fundamenta-se apenas no vínculo contratual entre as partes (alienante e adquirente)⁶²⁷, enquanto que no microsistema do CDC, em razão da percepção do fornecedor como “cadeia de fornecimento”⁶²⁸, a exigência da garantia fundamenta-se na lei, impondo-se expressamente um regime de solidariedade (CDC, arts. 18 a 20 *c/c* CC, art. 265) entre o fornecedor imediato (comerciante-contratante) e os demais fornecedores (fabricante, importador etc.)⁶²⁹, como expressão do princípio constitucional da solidariedade social (CF, art. 3º, I), que exige, como

⁶²² Nesse sentido: TJRS. AC. 70052752219, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, DJ 06.03.2013; Ag. Instr. 70053084299, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Cezar Muller, DJ 04.02.2013; TJRS. AC. 70051701175, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, DJ 19.12.2012; TJRS. AC. 70051077683, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, DJ 12.12.2012; TJRS. AC. 70046018842, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, DJ 16.11.2011.

⁶²³ Sobre a extensão da responsabilidade civil às vítimas equiparadas a consumidores: TJRS. AC. 70029656725, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, DJ 20.08.2009; TJRS. AC. 70025112376, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, DJ 30.10.2008; TJRS. AC. 70023905433, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, DJ 24.07.2008.

⁶²⁴ Sobre o tema, v., por todos: MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 487-488.

⁶²⁵ Assim, observa Miragem que “... a princípio não se aplica o regime do Código Civil aos vícios dos produtos e serviços nas relações de consumo, os quais serão regulados integralmente pelo regime estabelecido no CDC, tendo as disposições do Código Civil mera aplicação subsidária” (*Ibidem*, p. 488). Sobre o tema, v. ainda: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a proteção do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 153-155 e; SANTANA, Héctor Valverde. **Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 110-115.

⁶²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 132-133.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 127-128.

⁶²⁸ Cf. análise do fornecedor como sujeito da relação jurídica de consumo (Capítulo 1, subitem 1.2.1).

⁶²⁹ Sobre a distinção entre os regimes de responsabilidade por vícios de inadequação no Código Civil e no CDC, v., por todos: BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.*, p. 127 *et seq.*

já observado⁶³⁰, uma justa repartição (ou “socialização”) dos riscos inerentes ao mercado de consumo⁶³¹.

O regime de responsabilidade por vícios de inadequação no CDC revela, assim, a imposição da uma “ordem (dever geral) de *cooperação*” à cadeia de fornecimento, como expressão dos princípios constitucionais da solidariedade social (“socialização” dos riscos/custos inerentes ao mercado de consumo)⁶³² e da confiança (proteção da adequação “legitimamente esperada” para o produto ou serviço)⁶³³. Contudo, a eficácia desse dever geral de cooperar realiza-se por motivos (e de modos) distintos, conforme se trate de *garantia legal de adequação* (CDC, arts. 24 e 26) ou de *oferta contratual de garantia* (CDC, art. 50). Em outros termos, entende-se que

...o regime da garantia contratual e o da garantia legal são diversos. Na *garantia contratual* não se pergunta se o vício é *oriundo* de mau uso, ou de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não se pergunta pela *vida útil* do bem. Se a garantia contratual existe, se a garantia prevista abrange aquele detalhe do produto e se não transcorreu seu prazo, o fornecedor conserta ou substitui o produto e o devolve ao consumidor. Já a *garantia legal* é a adequação, de funcionalidade do produto ou serviço, não abrangendo os casos de mau uso ou de caso fortuito posterior ao contrato, que tornem o bem inadequado ao uso. O fornecedor tem o dever legal de entregar um produto em perfeitas condições, adequado ao seu uso, que resista ao uso normal, que dure o tempo ordinário da vida útil deste tipo de produto⁶³⁴.

Assim sendo, percebe-se que a obrigação de cooperar com os consumidores, na hipótese de garantia *contratual*, decorre do risco livremente assumido pelos fornecedores em razão do contrato⁶³⁵, i. e., torna-se *álea normal* do fornecedor, de sanar a imperfeição existente no produto ou serviço independentemente do motivo que tenha originado o vício. Nesse sentido, convém notar que se trata de um *complemento* à garantia legal de adequação

⁶³⁰ Cf. análise do princípio constitucional da solidariedade social (Capítulo 1, subitem 1.1.2.2).

⁶³¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, janeiro-março de 2002, p. 147-149. Sobre o tema, v. ainda: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Os vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 347.

⁶³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 435.

⁶³³ Cf. análise dos mencionados princípios constitucionais (Capítulo 1, subitem 1.2.2.2).

⁶³⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.192-1.193.

⁶³⁵ Trata-se do “termo de garantia” (CDC, art. 50) que embora estabelecido pelo fabricante (regra geral), compromete toda a cadeia de fornecimento de produtos em razão da expressa solidariedade (CDC, arts. 18 a 20).

(CDC, art. 50)⁶³⁶ e que, sendo livremente ofertada pelo fornecedor, pode ser direcionada apenas a determinados componentes/atividades do produto ou serviço, não se podendo exigir seja uma garantia integral do produto ou serviço⁶³⁷. Nessa hipótese, as expectativas legítimas dos consumidores prendem-se, necessariamente, à cobertura contratualmente estabelecida pelo fornecedor e à possibilidade de invocá-la no prazo contratualmente fixado⁶³⁸.

Já na hipótese de garantia *legal*, o dever de cooperação decorre da imperatividade da lei e tem como finalidade corrigir o desequilíbrio excessivo da relação de consumo causado pela violação de expectativa legítima de adequação (funcionalidade) do produto ou serviço⁶³⁹. Por esse motivo, é uma garantia *integral*, aplicando-se a todo e qualquer vício de inadequação (e não apenas ao que foi contratualmente delimitado pelo fornecedor)⁶⁴⁰, desde que invocada pelo consumidor no prazo legalmente estabelecido (CDC, art. 26)⁶⁴¹. Contudo, a responsabilidade dos fornecedores pode ser afastada se ficar demonstrado, no caso concreto, que a imperfeição no produto ou serviço não pode ser atribuída à atuação da cadeia de fornecimento (*e. g.* utilização indevida pelo consumidor⁶⁴², término da *vida útil* do produto⁶⁴³ etc.), pois tal situação descaracteriza o “vício de inadequação”. Portanto, nota-se que o CDC estabelece, como modo de corrigir o desequilíbrio excessivo da relação de consumo, a garantia legal contra vícios de inadequação em produtos e serviços, uma garantia de natureza imperativa e inderrogável por disposição contratual (CDC, arts. 24, 25 e 51, I). Não obstante essa garantia legal, prevê ainda a possibilidade de *oferta contratual de garantia* pelo

⁶³⁶ Isso significa que a ausência da garantia contratual não exclui a existência da garantia legal (CDC, art. 24), a qual poderá ser invocada dentro dos prazos fixados no CDC (art. 26).

⁶³⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.191.

⁶³⁸ Se, *p. ex.*, determinado fabricante de televisores anuncia que o produto terá garantia “até a próxima Copa do Mundo”, cria-se a legítima expectativa de cobertura do bem durante esse período, independentemente do motivo pelo qual tenha ocorrido a imperfeição.

⁶³⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.178 e 1.180.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 1.189.

⁶⁴¹ *Ibidem*, p. 1.182-1.191.

⁶⁴² Nesse sentido: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Motocicleta. Vício. Uso inadequado. Culpa exclusiva do consumidor. Sentença de improcedência confirmada” (TJRS. AC. 70042737767, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, DJ 28.02.2013).

⁶⁴³ A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “...independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo” (STJ. REsp 984106/SC. 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 04.10.2012).

fornecedor, de natureza facultativa (eventual), e cuja cobertura e prazos são determinados pelo próprio ofertante⁶⁴⁴.

A propósito, convém observar, na esteira de Marques, que a contagem dos *prazos* de garantia legal (estabelecidos no CDC, art. 26)⁶⁴⁵ e contratual (estabelecidos pelo fornecedor) não deve obedecer a um rígido critério hermenêutico, por meio do qual o termo inicial da garantia legal, em razão da “complementariedade” das garantias (CDC, art. 50), deve necessariamente iniciar após esgotado o prazo de garantia contratual do fornecedor⁶⁴⁶. Com efeito, percebe-se que tal critério se justifica na hipótese de vício *oculto* – em que a manifestação do vício (CDC, art. 26, §3º) pode ocorrer em momento posterior ao término da garantia contratual e anterior ao término da vida útil do produto⁶⁴⁷ – mas pode ser inútil para o consumidor: a) se o vício for percebido logo no início da garantia contratual – se for um vício aparente ou de fácil constatação (CDC, art. 26, § 1º) – mas essa garantia for apenas parcial e não cobrir o específico vício, ou; b) se for mais vantajoso para o consumidor utilizar-se da garantia contratual para solucionar um problema que não se caracteriza propriamente um “vício de inadequação”, por ter sido gerado, p. ex., por caso fortuito posterior à aquisição do produto (nesse caso, frise-se, a garantia contratual deverá ser cumprida pelo fornecedor). Assim, a solução deve ser mais “flexível”, casuística, adotando-se interpretação mais favorável ao consumidor para a concreta satisfação de suas legítimas expectativas.

Na precisa lição de Marques:

... a garantia legal implícita de adequação é *per se* um momento positivo para o consumidor, e deve a ela o consumidor poder recorrer sempre. Assim, se há garantia contratual (*express warranty*) e esta foi estipulada para vigorar a partir da data do contrato (termo de garantia), as garantias começariam a correr *juntas*, pois a garantia

⁶⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.191.

⁶⁴⁵ Os prazos para exercício do direito potestativo ao cumprimento da garantia de adequação, a exemplo do que ocorre com os vícios redibitórios nos contratos civis (CC, art. 445), têm natureza *decadencial* (v., a propósito, o Enunciado n. 28 da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “O disposto no art. 445, §§1º e 2º, do Código Civil reflete a consagração da doutrina e jurisprudência quanto à natureza decadencial das ações edilícias” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 20). Sobre o tema, no Direito do Consumidor, v., por todos: SANTANA, Hector Valverde. **Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 110-133.

⁶⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.193-1.196. Na jurisprudência brasileira, contudo, ainda há a tendência de somar os prazos, sobretudo quando existente um vício oculto no produto ou serviço. A título exemplificativo: TJRS. AC 70050537448, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, DJ 13.12.2012.

⁶⁴⁷ Nesse sentido: TJRS. AC 70007694078, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, DJ 07.10.2004; TJRS. AC 70005576756, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, DJ 06.10.2004.

legal nasce necessariamente com o contrato de consumo, *com a entrega do produto, sua colocação no mercado de consumo*. Ao consumidor cabe escolher de qual delas fará uso (...) Logo, com a aplicação imperativa dos arts. 18 e 50 do CDC, parece-nos superada a jurisprudência que afirmava começar a garantia legal só após o fim do prazo da contratual⁶⁴⁸.

O desequilíbrio excessivo da relação de consumo pode ocorrer ainda pela violação da legítima expectativa de segurança no produto ou serviço, situação na qual o cumprimento da *garantia de segurança* pelos fornecedores corresponde ao dever de reparar os danos à incolumidade físico-psíquica e/ou patrimonial dos consumidores e demais vítimas do *acidente de consumo* (CDC, art. 17)⁶⁴⁹. Com efeito, as garantias de segurança correspondem ao que Carneiro da Frada denomina “deveres de proteção”, que cumprem a função de “... proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e património que nascem da (e por causa da) relação particular estabelecida”⁶⁵⁰.

Assim sendo, a responsabilidade dos fornecedores por *vícios de insegurança* – a responsabilidade pelo *fato* do produto e do serviço (CDC, arts. 8º a 17 e 27) – apresenta-se como regime especial de responsabilidade civil *extracontratual*, direcionado a todos os fornecedores que integram a cadeia de fornecimento⁶⁵¹ (CDC, art. 7º, parágrafo único c/c arts. 12 a 14)⁶⁵². A propósito, cumpre destacar que na responsabilidade civil dos fornecedores ocorre a “superação do vínculo contratual” na medida em que não é o contrato, mas o

⁶⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.195-1.196.

⁶⁴⁹ Sobre a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço observa Lisboa: “No acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6º, I, da Lei 8.078/90)” (LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 237).

⁶⁵⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. Contrato e deveres de protecção. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXXVIII. 1994, p. 40-41. Convém notar que essa “relação particular estabelecida” (a relação de consumo) não se constitui necessariamente por contrato. Ao contrário, e como será visto na sequência, resulta, para efeitos de responsabilidade civil, do contato social (ou “comportamento social típico”) entre consumidores e fornecedores.

⁶⁵¹ Cabe ressaltar que a responsabilidade dos fornecedores por vícios de insegurança alcança também as relações estabelecidas por meio virtual (*internet*), como decorrência da contemporânea *sociedade da informação* (Cf. análise realizada no Capítulo 1, subitem 1.2.3). Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 106 *et seq.*

⁶⁵² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.199. Por fim, ressalte-se novamente a importância da doutrina alemã para a compreensão dessa especial situação jurídica conhecida como “contato social” ou “comportamento social típico”. Nesse sentido, v. LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. **Revista DireitoGV**. São Paulo, v. 2 (n.1), janeiro-junho de 2006, p. 55-64.

“contato social de consumo” (ou o “comportamento social típico”)⁶⁵³ entre consumidores e a cadeia de fornecimento o fato gerador dessa espécie de responsabilidade⁶⁵⁴. Sobre o tema, ensina Pasqualotto que

No contato social passa a existir um relacionamento particular, em que alguém fica exposto à atuação ou influência de outrem, sem que necessariamente o passo seguinte seja a celebração de um negócio jurídico ou que ocorra um ato ilícito. Essa proximidade exige uma conduta especialmente cuidadosa por parte de quem possa eventualmente prejudicar o patrimônio jurídico alheio. Há um incremento de perigo por um lado e um acréscimo de responsabilidade pelo outro. O eventual dano sofrido por uma das partes durante esse contato social é indenizável, e o fundamento jurídico da obrigação de fazê-lo é a confiança⁶⁵⁵.

Em outros termos – e a exemplo do que ocorre na responsabilidade por vícios de inadequação – a responsabilidade por vícios de insegurança exprime uma “ordem (dever geral) de cooperação” à cadeia de fornecimento, com especial fundamento nos princípios constitucionais da confiança (proteção de “segurança legitimamente esperada” para o produto ou serviço)⁶⁵⁶ e da solidariedade social (socialização ou justa repartição dos riscos/custos inerentes ao mercado de consumo)⁶⁵⁷.

A responsabilidade civil dos fornecedores no CDC apresenta-se, regra geral, como responsabilidade *objetiva*⁶⁵⁸, de modo a facilitar a defesa dos direitos do consumidor (CDC, art. 6º, VIII), sobretudo o de ser integralmente reparado pelos danos que sofreu (CDC, art. 6º,

⁶⁵³ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. **Revista DireitoGV**. São Paulo, v. 2 (n.1), janeiro-junho de 2006, p. 55-64.

⁶⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 188 *et seq*

⁶⁵⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 65.

⁶⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.147.

⁶⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, janeiro-março de 2002, p. 147.

⁶⁵⁸ A responsabilidade objetiva, ensina Larenz, é uma responsabilidade fundada *no risco*, i. e., uma responsabilidade “...en que el suceso dañoso se imputa a un riesgo, del cual, según la ley, há de garantizar al dañado otra persona (...) El principio subyacente es el de la imputación de un determinado riesgo de daños al que lo ha creado, aunque lo haya hecho con autorización, y al que lo ha mantenido en su interés” (LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas. 1993, p. 115 e 120). Os regimes de responsabilidade objetiva, na lição do mestre alemão, convivem com a tradicional responsabilidade subjetiva, fundada na *culpa* da conduta do agente (*Ibidem*, p. 121). E essa convivência é perceptível no atual direito privado brasileiro que, em sede de responsabilidade extracontratual, consagra os regimes gerais de responsabilidade subjetiva (CC, art. 927, *caput c/c* art. 186) e objetiva (CC, art. 927, *caput c/c* art. 187; art. 927, parágrafo único). Sobre o tema, v., por todos: FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 184 *et seq*.

VI)⁶⁵⁹. Contudo, e embora não haja dúvida acerca da natureza objetiva da responsabilidade civil no Direito do Consumidor, deve-se destacar a existência de interessante divergência doutrinária acerca do *fundamento fático* dessa responsabilidade⁶⁶⁰. Assim, encontra-se, de um lado, a *teoria do risco da atividade* que, inspirada na experiência jurídica norte-americana⁶⁶¹, fundamenta a responsabilidade dos fornecedores *nas atividades lícitas, porém perigosas* que envolvem o fornecimento dos produtos e serviços⁶⁶² e, de outro, a *teoria da responsabilidade objetiva não culposa* que, inspirada na experiência do direito comunitário europeu⁶⁶³, fundamenta a responsabilidade dos fornecedores *no resultado ilícito* das atividades (lícitas) de fornecimento dos produtos e serviços, i. e., na existência de *defeito*, compreendido como violação do dever legal (garantia) de segurança previsto no CDC (arts. 12, §1º e 14, §1º)⁶⁶⁴.

Sem a pretensão de aprofundar essa questão, entende-se que a teoria do risco da atividade (ou teoria das “garantias implícitas” - *implied warranties*)⁶⁶⁵, embora possa seguramente explicar a razão pela qual foi adotada a responsabilidade civil objetiva no Direito do Consumidor⁶⁶⁶, parece não resistir ao fato de que o legislador do CDC exigiu expressamente a presença do *defeito* como requisito essencial para imputação objetiva de responsabilidade aos fornecedores (arts. 12 e 14), o que revela, ao final, a decisiva influência do direito comunitário europeu (sobretudo, da Diretiva 85/374/CEE)⁶⁶⁷ e, a partir dele, da teoria da responsabilidade objetiva não culposa.

⁶⁵⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. . Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006., p. 175. Sobre o princípio da *reparação integral dos danos* no CDC, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 211 *et seq.*

⁶⁶⁰ Sobre o tema, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 176-177; MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.212 *et seq* e; PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 54 *et seq.*

⁶⁶¹ Sobre o tema, v., por todos: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 15-18.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 177.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 19-24.

⁶⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.216. Sobre o tema, v. ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 78-90.

⁶⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 432-433.

⁶⁶⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Op. cit.*, p. 177. Lopes, a propósito, observa que: “Os arts. 12 e 14 do CDC redefinem as regras de responsabilidade, assumindo explicitamente, creio eu, a perspectiva do risco e do risco comum para atribuir aos fornecedores uma responsabilidade objetiva, sem culpa. O risco dos acidentes deve ser internalizado pelos fornecedores” (LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, janeiro-março de 2002, p. 147).

⁶⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 22-24. Miragem, a propósito, reconhece que “... a disciplina européia para a responsabilidade pelo fato do produto foi fonte direta de inspiração do legislador brasileiro ao disciplinar a matéria no CDC. Daí sua importância para efeito de compreensão do sistema brasileiro de responsabilidade do produtor do produto ou do serviço, ainda que em relação a este último, não haja até o

Em outros termos, entende-se que

... da aceitação de uma teoria da qualidade nasceria, no sistema do CDC, um dever anexo para o fornecedor (uma verdadeira garantia implícita de segurança razoável, como no sistema anterior norte-americano) (...) Mas no sistema do CDC só haverá violação deste *dever*, nascendo a responsabilidade de reparar os danos, quando existir um *defeito no produto* (por influência européia). No sistema do CDC, pode haver o *dano* e o *nexo causal* entre o dano e o produto (explosão de um botijão de gás), mas, se não existir o *defeito* (art. 12, §3º, II), não haverá obrigação para o fornecedor, arcando este, porém, com o ônus da prova da inexistência do defeito de seu produto. (...) O dever legal instituído no CDC seria, então, de *só introduzir no mercado produtos livres de defeitos* (art. 12, §3º, I e II). Por conseguinte, não basta a *atividade de risco* de introduzir o produto no mercado e lucrar com isso (*cujus commodum, ejus periculum*), porque também os comerciantes finais o fazem e não são responsáveis principais no sistema do CDC (art. 12, *caput*)⁶⁶⁸.

Percebe-se, assim, que a responsabilidade dos fornecedores por “vícios de insegurança” (CDC, arts. 12 a 14) parte da experiência jurídica norte-americana (a existência de um dever legal - ou *garantia implícita* - de segurança nos produtos e serviços ofertados pela cadeia de fornecimento), mas nela não se esgota, porquanto a imputação de responsabilidade condiciona-se à presença do *defeito* como critério identificador da violação daquele dever⁶⁶⁹, cujo conteúdo é, precisamente, a legítima expectativa de segurança do consumidor⁶⁷⁰. Portanto, pode-se dizer que

No defeito, não se discute o elemento subjetivo da conduta do fornecedor. Basta a ocorrência objetiva de defeito no produto ou no serviço para o surgimento da obrigação de indenizar. É suficiente que o produto apresente uma falha que lhe retire a segurança legitimamente esperada para que seja considerado defeituoso, não se exigindo qualquer participação ou colaboração subjetiva do fornecedor ou seus prepostos na sua ocorrência. Ainda que não tenha havido uma conduta negligente de parte do fornecedor ou dos seus prepostos, constatado o defeito do produto ou do serviço, aquele será responsabilizado pelos danos sofridos pelo consumidor⁶⁷¹.

presente momento, regulamentação no âmbito do direito comunitário europeu” (MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 430).

⁶⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.213-1.214.

⁶⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012., p. 433.

⁶⁷⁰ Entende-se, assim, o disposto no CDC, art. 12, § 1º: “O produto é defeituoso quando *não oferece a segurança que dele legitimamente se espera*, levando-se em consideração 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” – grifou-se. Segundo Cavalieri Filho, a norma em comento evidencia o chamado “princípio da segurança” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 43-45. *Data maxima venia*, e como já observado (Capítulo 1, subitem 1.1.2.2), entende-se que a “segurança” é valor/bem jurídico constitutivo da *expectativa legítima* dos consumidores e que, nesse sentido, o princípio jurídico explicitado pela norma do CDC é o *princípio da confiança*.

⁶⁷¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 148.

A opção do legislador brasileiro pelo modelo europeu acarretou, como observa Marques, a necessidade de uma “valoração legal específica” na distribuição do ônus (responsabilidade) aos integrantes da cadeia de fornecimento⁶⁷² (ao contrário do modelo norte-americano, onde todos dividem, na mesma proporção, o risco pela introdução de produtos e serviços potencialmente defeituosos no mercado de consumo⁶⁷³). Em outros termos, levou-se em conta o fato de que os danos ao consumidor são geralmente provocados por defeitos cuja existência se atribui a atividades de *certos fornecedores* que, por essa razão, foram expressamente identificados no CDC (art. 12, *caput*) como *solidariamente* responsáveis (*o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador*)⁶⁷⁴. Já o *comerciante* recebeu tratamento jurídico distinto dos demais, com responsabilidade objetiva,

⁶⁷² Vale lembrar que a responsabilidade objetiva no CDC não é representativa de um regime de responsabilidade por *risco integral*. Assim, tem grande importância o exame das *excludentes de responsabilidade dos fornecedores* (CDC, arts. 12, §3º e 14, §3º), bem como a possibilidade de imputação de responsabilidade por defeitos. Sobre as excludentes de responsabilidade no CDC, v., por todos: MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 451-462 e; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 259 *et seq.*

⁶⁷³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.215. Importa observar outro tema de grande importância na responsabilidade dos fornecedores por vícios de insegurança (defeitos). Trata-se da possibilidade de imputação de responsabilidade por defeitos cuja existência, em razão do *estado da ciência e da técnica* (grau de conhecimentos tecnológicos disponíveis para detectar a existência de vício de insegurança), era improvável para os fornecedores no momento em que o produto ou serviço foi colocado no mercado, i. e., da possibilidade dos fornecedores assumirem os chamados “riscos do desenvolvimento”. Sobre o tema, v., por todos: MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 462-465; LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 245-250; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 312-321; STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 277-288 e; PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. **Revista da AJURIS**, s/d, p. 07-24.

⁶⁷⁴ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 1329189/RN, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 13.11.2012; STJ. REsp 1281742/SP, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, DJ 13.11.2012; STJ. AgRg no REsp 1192792/PR, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 20.09.2012 e; a jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS: TJRS. AC 70052736949, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, DJ 27.03.2013; TJRS. AC 70052585601, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, DJ 26.03.2013; TJRS. AC 70051902393, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, DJ 13.03.2013; TJRS. AC 70051381119, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, DJ 12.12.2012; TJRS. AC 70025196452, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, DJ 26.08.2009; TJRS. AC 70024899130, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, DJ 18.02.2009.

porém *subsidiária* como regra⁶⁷⁵, salvo se presentes as hipóteses do art. 13, quando, então, responderá *solidariamente* com a cadeia de fornecimento⁶⁷⁶⁶⁷⁷.

Além da “valoração específica”⁶⁷⁸ na responsabilidade do comerciante, também os *profissionais liberais* receberam tratamento jurídico diferenciado dos demais prestadores de serviços, imputando-se àqueles profissionais a responsabilidade *subjéctiva* (CDC, art. 14, §4º)⁶⁷⁹⁶⁸⁰. Com efeito, merecem destaque, na análise do tema, os seguintes aspectos: a) o tratamento diferenciado refere-se apenas à responsabilidade por vícios de insegurança (CDC, arts. 12 a 17), mantendo-se a responsabilidade objetiva desses profissionais em caso de vícios de inadequação (CDC, art. 18 a 26)⁶⁸¹; b) a justificativa para o tratamento diferenciado está, sobretudo, na diferença entre as atividades desenvolvidas por esses profissionais e a prestação de serviços pelo fornecedor pessoa jurídica⁶⁸²; c) o tratamento diferenciado alcança apenas a responsabilidade *pessoal* do profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que tenham intervindo na relação de consumo entre aquele e o consumidor⁶⁸³; d) a distribuição do ônus da prova nas ações reparatórias contra profissionais deve levar em conta a oportuna

⁶⁷⁵ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. EREsp 422778/SP, 2. Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha (Rel. p/Ac. Min. Maria Isabel Gallotti). DJ 29.02.2012 e; a jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS: TJRS. AC 70046836581, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Sbravati, DJ 16.08.2012; TJRS. AC 70023532963, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, DJ 03.09.2008; TJRS. AC 70008309304, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, DJ 04.08.2004.

⁶⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.210 *et seq.* Sobre o tema, v. ainda: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 166-169 e; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 469;

⁶⁷⁷ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 1155730/SP, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ 16.08.2011 e; a jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS: TJRS. AC 70042165605, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, DJ 10.08.2011.

⁶⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.215.

⁶⁷⁹ O tratamento diferenciado dos profissionais liberais no CDC, sua responsabilidade mediante a verificação da *culpa* (dolo, imprudência ou negligência) não escapou a críticas da doutrina brasileira. Nesse sentido, v. CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. Sobre a interpretação do art. 14, §4º do CDC v., por todos: MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 471-478; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 181-188 e; LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 251-259.

⁶⁸⁰ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 819008/PR, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, DJ 04.10.2012; STJ. REsp 992821/SC, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 14.08.2012; STJ. AgRg no Ag 1417754/RJ, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 27.03.2012; STJ. REsp 1238746/MS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 18.10.2011 e; a jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS: TJRS. AC 70029209376, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, DJ 30.09.2009; TJRS. AC 70026403402, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Liege Puricelli Pires, DJ 18.12.2008; TJRS. AC 70022925077, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, DJ 14.08.2008; TJRS. AC 70020527602, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, DJ 23.04.2008; TJRS. AC 70018927665, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, DJ 26.09.2007.

⁶⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 472 e; LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 252.

⁶⁸² Nesse sentido, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 181-182 e; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 471.

⁶⁸³ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 473.

distinção entre *obrigação de meio* (na qual a legítima expectativa do consumidor concentra-se apenas no adequado emprego dos meios técnicos pelo profissional) e *obrigação de resultado* (onde a expectativa legítima do consumidor irá se concentrar na realização do fim (resultado) prometido pelo fornecedor)⁶⁸⁴ e; e) a possibilidade da concessão do direito à *inversão do ônus da prova* (CDC, art. 6º, VII) nas ações reparatórias contra profissionais liberais é tema controverso na doutrina brasileira⁶⁸⁵.

O regime de responsabilidade por vícios de insegurança, como expressão do direito básico dos consumidores à reparação de danos em razão de acidentes de consumo, também se efetiva por medidas *preventivas*, i. e., tal regime expressa, do mesmo modo, o direito básico à efetiva *prevenção* de danos aos consumidores (CDC, art. 6º, VI). Com efeito, ensina Miragem que “...*prevenir* significa eliminar ou reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um determinado resultado”⁶⁸⁶. Assim, entende-se que a efetividade das medidas de prevenção condiciona-se ao cumprimento, pelos fornecedores, do dever de *informar* sobre os riscos (normais e potenciais) de danos à vida, saúde e segurança dos consumidores (CDC, art. 6º, I e III c/c arts. 8º e 9º)⁶⁸⁷ e do dever de *não inserir produtos e serviços altamente perigosos (com defeito) no mercado de consumo* (CDC, art. 10 c/c art. 12, §3º, I e II)⁶⁸⁸; e, da parte do Estado, compreende o exercício do dever fundamental de garantir a proteção aos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) por meio de ações da Administração Pública no exercício do seu poder de polícia (CDC, art. 55)⁶⁸⁹ e de medidas judiciais como o provimento antecipado do bem jurídico requerido individualmente pelo consumidor ou por seu substituto processual em sede

⁶⁸⁴ Assim, ensina Lisboa que “A importância fundamental existente na diferença entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado é a forma pela qual a responsabilidade subjetiva do fornecedor será analisada” (LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 255). No mesmo sentido, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 184-185.

⁶⁸⁵ Assim, em posição contrária à concessão da inversão do ônus da prova, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 186-187; em posição favorável à inversão do ônus da prova, v. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 475 e; LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit.*, p. 253-254.

⁶⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 177.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 177. Sobre o tema, v. ainda: MARQUES, Claudia Lima. 5. ed. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.205-1.206 e; FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 145-151.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 177. Sobre o tema, v. ainda: MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.206-1.208 e; FABIAN, Christoph. *Op. cit.*, p. 151-153.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 178. A propósito, já nos manifestamos, em outra oportunidade, sobre o tema: AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 68, outubro-dezembro de 2008, p. 64 *et seq.* Na doutrina brasileira, v. ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 91-93.

de tutela judicial coletiva (CDC, art. 83 e 84 c/c CPC, arts. 273 e 461)⁶⁹⁰ e a condenação ao pagamento de indenizações com finalidade *dissuasória* e, inclusive, *punitiva*⁶⁹¹.

Por fim, destaque-se a atual posição da doutrina e jurisprudência brasileiras que, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, fixou a norma prevista no art. 27 do CDC⁶⁹² como a mais favorável aos consumidores e vítimas dos acidentes de consumo (CDC, art. 17) quanto ao prazo *prescricional* para o exercício da pretensão indenizatória contra os fornecedores⁶⁹³. Nesse sentido, importa observar que o conhecimento da *autoria* (e não apenas o conhecimento do dano) é o critério fundamental para a fixação do termo inicial da contagem do prazo⁶⁹⁴, entendendo-se, na esteira da Sanseverino, que, na falta de melhor regulamentação (como a da Diretiva 85/374/CEE, art. 10), considera-se implícito no “conhecimento da autoria” (CDC, art. 27) também o “conhecimento do *defeito*” no produto ou serviço⁶⁹⁵.

Em suma: os dois sistemas de responsabilidade legal dos fornecedores no CDC pretendem corrigir o *desequilíbrio excessivo* (perda do “equilíbrio mínimo” ou *sinlagma*) da relação de consumo pela frustração das legítimas expectativas dos consumidores nos critérios

⁶⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 178. Sobre o tema, v., por todos: ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 93-99; TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. Direito Material e Processual. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 446 *et seq.* e; MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 93 *et seq.*

⁶⁹¹ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 178 e 448. O tema, que não pode ser aprofundado pelas limitações da presente pesquisa, é um dos mais importantes no estudo da responsabilidade civil, notadamente a responsabilidade *extracontratual* por danos à pessoa (danos *extrapatrimoniais*). No que se refere à função punitiva da responsabilidade civil, trata-se da possibilidade de aplicação, no direito brasileiro, das *punitive damages*, com vasta tradição no sistema jurídico anglo saxão (*common law*), sobretudo no direito norte-americano. Sobre o tema, v., por todos: FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 183-184 e; MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). **Revista do CEJ**. Brasília, n. 28, janeiro-março de 2005, p. 15-32. Por fim, cumpre destacar o Enunciado n. 379, da IV Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ); “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a *função punitiva* ou *pedagógica* da responsabilidade civil” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.)). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 75).

⁶⁹² Dispõe o CDC, art. 27: “Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

⁶⁹³ Sobre o tema, v., SANTANA, Héctor Valverde. **Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 74-109; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 297-312; LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 277-278 e; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 478-481.

⁶⁹⁴ SANTANA, Héctor Valverde. *Op. cit.*, p. 99-101.

⁶⁹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 300.

(ou deveres gerais) de *qualidade* dos produtos e serviços: adequação e segurança. Trata-se, como observa Marques, do desequilíbrio gerado pela violação da confiança na *prestação* dos fornecedores⁶⁹⁶, i. e., no dever anexo (garantia implícita) aos contratos de consumo⁶⁹⁷, de ofertar produtos seguros à integridade físico-písquica dos consumidores e adequados aos fins que deles se esperam.

2.2.2.2. *Desequilíbrio excessivo pela violação da confiança na preservação da bilateralidade (equivalência econômica) do contrato*

Além da confiança nas garantias de qualidade (segurança e adequação) dos produtos e serviços, o *sinalagma* presente nas relações de consumo caracteriza-se pela confiança dos sujeitos da relação de consumo – notadamente os consumidores, sujeitos vulneráveis – no próprio *vínculo jurídico*, i. e., nos aspectos que envolvem, de um lado, a possibilidade de preservação da equivalência econômica dos contratos de consumo e, de outro, o exercício regular (não abusivo), pelos fornecedores, das prerrogativas (liberdades, direitos) inerentes à posição jurídica ocupada no mercado (posição mercadológica)⁶⁹⁸. Assim, qualquer violação a um desses aspectos compromete o “equilíbrio mínimo” (sinalagma) da relação de consumo, caracterizando, portanto, situação de desequilíbrio *excessivo*.

No que se refere à bilateralidade (proporção/equivalência econômica) dos contratos de consumo – e, portanto, aos interesses “imediatamente econômicos” dos consumidores⁶⁹⁹ – cumpre observar que seu comprometimento pode ter como causas: a) um fato externo ao vínculo contratual, não imputável à atuação dos fornecedores, e que se manifesta apenas durante a fase de cumprimento dos efeitos contratuais, notadamente daqueles cuja execução se prolonga no tempo (CDC, art. 6º, V, 2ª Parte) ou; b) o exercício irregular (ilícito/abusivo)

⁶⁹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 282. A eminente jurista parece acolher a experiência jurídica alemã na formulação do conceito de “prestação” enquanto *conduta e resultado*. Sobre o tema, na doutrina portuguesa, observa Carneiro da Frada que “O conceito de prestação (...) deixa-se descrever tanto enquanto ordem de deveres de comportamento que impedem sobre o devedor como enquanto resultado a que aqueles deveres intendem. O primeiro aspecto aponta para um comportamento que é devido, para um dever jurídico que atinge pessoalmente o devedor; o segundo faz ressaltar o interesse que a prestação realiza ou, por outras palavras, aquilo que é atribuído ao credor” (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. Contrato e deveres de protecção. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXXVIII. 1994, p. 86-87). Na doutrina brasileira, v. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 209.

⁶⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 1.213.

⁶⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 281-282.

⁶⁹⁹ Como já observado, a distinção entre interesses “imediatamente e mediamente econômicos” dos consumidores será analisada na sequência (no Capítulo 2, subitem 2.2.2.3 e; na Parte II - Capítulo 4).

da própria liberdade contratual, pela atuação dos fornecedores, na fase de formação/conclusão do contrato (CDC, art. 6º, V, 1ª Parte)⁷⁰⁰. Assim, entende-se que há, na primeira hipótese, perda do *sinalagma funcional* do contrato, caracterizando-se o instituto jurídico da *onerosidade excessiva superveniente*; na segunda hipótese, ao contrário, compromete-se o *sinalagma genético* do contrato, caracterizando-se o instituto jurídico da *lesão enorme*⁷⁰¹, situação gerada pelo que se pode denominar, nas relações jurídicas privadas em geral, de *abuso do direito* (ou de *exercício inadmissível de direitos*) e, de modo específico em certas relações jurídicas, de *abuso* (ou *exercício abusivo*) *de posição jurídica*⁷⁰². A existência dessas situações (onerosidade excessiva superveniente e lesão enorme), sobretudo no Direito do Consumidor, conduzem à necessidade de correção do excessivo desequilíbrio econômico presente no contrato⁷⁰³ e o (re)estabelecimento do “equilíbrio mínimo” da relação jurídica, pois, como ensina Iturraspe, são situações “... incompatibles con la justicia commutativa, con

⁷⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 904. Para Miragem, o direito básico dos consumidores ao *equilíbrio contratual* consiste, justamente, em assegurar a correção dos desequilíbrios excessivos gerados por essas duas causas (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 176). Sobre o tema, v. também: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. p. 130 *et seq.*

⁷⁰¹ Sobre a distinção entre sinalagma genético e sinalagma funcional, na doutrina brasileira, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 465. Na lição do mestre argentino Mosset Iturraspe: “La lesión tiende a superar un desequilíbrio genético; la imprevisión [a onerosidade excessiva superveniente], uno funcional. El primero aparece en la celebración o acta de nacimiento del negocio, y antes de la producción de los efectos (...) El segundo, el remediado por la imprevisión, se muestra, durante la vida del contrato, a contar desde que los efectos se desencadenan” (ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 206). Com efeito, o jurista se refere à “imprevisão” pelo fato de que o comentário supra trata do regime jurídico de Direito Civil Argentino que, pela influência do direito francês, adotou a chamada *Teoria da Imprevisão* para o regime legal da revisão/resolução contratuais, posição seguida também pelo atual Direito Civil Brasileiro (CC, art. 478). Como será visto a seguir, o Direito do Consumidor adotou base teórica distinta da “Imprevisão” para o instituto da *onerosidade excessiva superveniente* (CDC, art. 6º, V, 2ª Parte).

⁷⁰² Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 899 *et seq.*; MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do RS**. Porto Alegre, v. 27 (n. 57). 2003, p. 99-134; MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 651-655 e; FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. O Abuso do Direito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas. 2012. Na doutrina alienígena, v. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. v. II. Coimbra: Almedina. 1984; ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V.3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 215 *et seq.* e; ITURRASPE, Jorge Mosset. *Op. cit.*, p. 57 *et seq.*

⁷⁰³ Pois na lição de Pontes de Miranda “No momento em que se conclui o negócio jurídico bilateral, em que há prestação e contraprestação, os figurantes implicitamente as tiveram por equivalentes” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 285).

la buena fe que debe reinar en los negocios jurídicos y con un ejercicio regular o funcional de los derechos”⁷⁰⁴.

Sobre o exercício abusivo de direitos (ou, no caso dos fornecedores, o exercício abusivo *de sua posição jurídica*)⁷⁰⁵, importa observar que ele não compromete apenas o sinalagma enquanto bilateralidade (proporção/equivalência econômica) da relação de consumo. Em outros termos, o exercício abusivo de direitos (ou de posição jurídica) não gera apenas situações de “lesão enorme” – desproporções excessivas na prestação ou preço assumido pelo consumidor (*e. g.* as “cláusulas contratuais leoninas”, previstas no CDC, art. 6º, V, 2ª Parte)⁷⁰⁶ – pois alcança também outras hipóteses em que a atuação abusiva ofende interesse legítimo do consumidor que não está diretamente relacionado ao valor econômico (preço) da prestação que assumiu, mas aos chamados “interesses mediatamente econômicos”, como os de acesso à informação de qualidade e a bens existenciais da pessoa humana (saúde, educação etc.)⁷⁰⁷.

Além disso, importa destacar que o exercício abusivo de posição jurídica pelos fornecedores, ao contrário do que ocorre com o fato gerador da onerosidade excessiva superveniente, pode se manifestar em momento *pré contratual* da relação de consumo – onde há apenas o “contato social” entre consumidor e cadeia de fornecimento (*e. g.* no momento da oferta/publicidade de produtos e serviços)⁷⁰⁸ – e mesmo em momento *pós contratual*⁷⁰⁹. Por essas particularidades, o exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores, inclusive no aspecto da equivalência econômica (“bilateralidade”) do contrato, será analisado em tópico à parte (2.2.2.3), deixando-se para o presente tópico apenas a análise acerca da *onerosidade excessiva superveniente* nos contratos de consumo.

⁷⁰⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 195.

⁷⁰⁵ A relação (e distinção) entre as situações de “exercício abusivo de direitos” e “exercício abusivo de posição jurídica” serão feitas na sequência (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

⁷⁰⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 903.

⁷⁰⁷ Como bem observa Martins-Costa “...as práticas abusivas podem ser geradas também pela falta de informação do consumidor sobre produto ou serviço, ou pela informação deficiente ou errônea, pela agressividade dos métodos de venda, pela impossibilidade, para o aderente, de bem avaliar os riscos, fatores que, comumente, não se verificam numa relação em que os pólos contratuais estão em posição de relativa equilíbrio” (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 652).

⁷⁰⁸ Sobre o “contato social de consumo” na publicidade de produtos e serviços, *v.*, por todos: PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, p. 182.

⁷⁰⁹ Como será visto na sequência (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3) o exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores caracteriza o extenso campo das *práticas abusivas* no mercado de consumo, práticas essas que podem ser classificadas em *pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais*.

A onerosidade excessiva superveniente representa, no âmbito dos contratos bilaterais (ou onerosos)⁷¹⁰, a situação de desequilíbrio econômico provocada por fato superveniente à conclusão do contrato, e que torna *excessivamente gravosa* a prestação assumida por um dos contratantes⁷¹¹, de modo que se mostra injusta a exigência do adimplemento segundo as circunstâncias inicialmente estabelecidas. Nesse sentido, ensina Gomes que em tais situações de onerosidade excessiva superveniente:

... o que legitima o afastamento do princípio da força obrigatória do contrato é, no fim de contas, a equidade, a consideração de que constitui injustiça deixar-se que alguém se arruine porque se obrigou a satisfazer prestação que se tornou, em razão de circunstâncias, extremamente gravosa. Levam em conta, portanto, a situação do devedor⁷¹².

Como se percebe, a causa de eventual resolução (ou revisão) do contrato por onerosidade excessiva superveniente não é a impossibilidade do cumprimento da prestação pelo inadimplemento (absoluto) do devedor⁷¹³ ou pela frustração do fim contratual em razão da perda de interesse do credor na utilidade da prestação⁷¹⁴. Ao contrário, é a alegação de “grave dificuldade”⁷¹⁵ para adimplir a prestação, em razão de fato não imputável à conduta de qualquer das partes, o que possibilita ao devedor invocar o direito à *inexigibilidade* da obrigação assumida em situação de equilíbrio econômico não mais existente⁷¹⁶. As

⁷¹⁰ Sobre o conceito de contratos onerosos (bilaterais), v., por todos: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 85.

⁷¹¹ LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 159, janeiro-março de 1985, p. 11.

⁷¹² GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 96. Contudo, observa Aguiar Júnior que tais situações podem afetar também os legítimos interesses do *credor* da prestação: “Pode ser excessivamente oneroso para o credor ter de suportar uma prestação que se tornou irrisória, em relação a sua própria obrigação, assim como ter de eventualmente cumprir com uma contraprestação extremamente dificultada ou supervalorizada” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 156).

⁷¹³ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, p. 380.

⁷¹⁴ Sobre o tema, v., por todos: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 114-115 e; GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980, p. 103). Essa distinção é apresentada, a propósito, no Enunciado 166, da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil”. Na doutrina italiana, v. por todos: ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 254.

⁷¹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 62.

⁷¹⁶ Na lição de Pontes de Miranda: “O conceito de inexigibilidade distingue-se do conceito de impossibilidade da prestação em que *impossível* se diz a prestação que não pode ser feita, objetivamente (...) e inexigível a que, pôsto que seja possível, não se pode obrigar o devedor a prestar” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 235). Trata-se, em essência, da aplicação do tradicional princípio (ou “cláusula”) *rebus sic stantibus*, que foi esquecido no direito contratual liberal pelo fato de que seria forma de desprestígio ao dogma da força obrigatória dos contratos

consequências da perda do sinalagma *funcional*⁷¹⁷ do contrato pela onerosidade excessiva superveniente podem ser, portanto, a *extinção* (resolução) da relação contratual ou a *manutenção* (revisão) dessa relação, se possível e interessante a recomposição *equitativa*⁷¹⁸ da “base objetiva do negócio”⁷¹⁹, i. e., do conjunto das “...circunstâncias que levaram as partes a contratar, de comum acordo, e a contratar assim (...) de modo que seria injusto manter as partes vinculadas se essas circunstâncias sofressem modificação essencial”⁷²⁰. Em síntese, pode-se dizer que quando se analisam pedidos judiciais de revisão ou resolução contratual por onerosidade excessiva superveniente, está em discussão o fato de que a alteração superveniente da “base objetiva do negócio” é causa de *inexigibilidade* da prestação⁷²¹, posto que ainda é possível o adimplemento, mas não é razoável exigi-lo do devedor (ou ainda, em algumas hipóteses, submeter o credor a aceitá-lo)⁷²².

No âmbito do Direito Civil, sua sede tradicional, as matérias referentes à resolução e à revisão contratual por onerosidade excessiva – especialmente a primeira – são, de longa data, objeto de vasta doutrina, em especial a do *direito italiano*⁷²³, fonte maior da legislação⁷²⁴

(*pacta sunt servanda*). Sobre o tema da cláusula *rebus sic stantibus*, v., na doutrina italiana: GIONENNE, Achille. **L'impossibilità della prestazione e la “sopravvenienza” – La dottrina della clausola rebus sic stantibus**. Padova: Cedam. 1941; na doutrina brasileira, v., por todos: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 216-218.

⁷¹⁷ Sobre o conceito de “sinalagma funcional”, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 465. Sobre o tema, v. LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 159, janeiro-março de 1985, p. 10.

⁷¹⁸ Sobre o papel da equidade no direito contratual contemporâneo, v., por todos: CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. **A equidade no direito contratual: uma contribuição para o debate sobre o tema**. 2010. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2010.

⁷¹⁹ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1958, p. 314-319.

⁷²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, abril-junho de 2004, p. 60. Sobre a evolução do conceito de “base do negócio” v., na doutrina portuguesa: COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina. p. 291 *et seq.*; na doutrina brasileira, v., por todos: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 220; GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 96 *et seq.*; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 144 *et seq.* Sobre o tema, v. ainda: AZEVEDO, Fernando Costa de. O desequilíbrio contratual provocado pela alteração superveniente da base negocial: a resolução e a revisão contratual por onerosidade excessiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica Empresarial**. Sapucaia do Sul, n. 16, setembro-outubro de 2010, p. 61-68.

⁷²¹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 149.

⁷²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 156.

⁷²³ BUFFA, Alberto. Di alcuni principi interpretativi in matéria di risoluzione per onerosità eccessiva. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno XLVI (Parte Seconda), p. 53-61, 1948; BOSELLI, Aldo. **La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità**. Torino: Editrice Torinese. 1952; MIRABELLI, Giuseppe. Eccessiva onerosità e inadempimento. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno LI (Parte Sconda), p. 84-93, 1953; FISSOTTI, Carlo. Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa

e doutrina brasileiras⁷²⁵ sobre o tema⁷²⁶. Com efeito, cumpre observar que o direito à resolução contratual por onerosidade excessiva superveniente pode ser invocado em contratos bilaterais *de duração prolongada* (conhecidos, no direito italiano, como “*contratti di durata*”)⁷²⁷. Esses contratos, de *execução continuada* ou *diferida*⁷²⁸, têm em comum o fato de que estabelecem um lapso temporal entre o momento de sua celebração (conclusão) e o da produção de seus efeitos⁷²⁹. Assim sendo, se presente um desses contratos, a resolução pode ser solicitada em juízo se for possível a verificação de determinadas condições, apontadas pela doutrina civilista a partir da previsão legislativa.

A primeira condição é a de que a perda do sinalagma *funcional* entre as prestações contratuais decorra de fato *superveniente* à celebração do contrato, de natureza *extraordinária* e *imprevisível*⁷³⁰. Como bem observa Ascensão “Há inteira harmonia entre os dois qualificativos, porque é por ser extraordinário que o acontecimento é imprevisível”⁷³¹. A

Editrice. Anno LV. Gruppo 4°. N. 3-4, p. 102-138, Marzo-aprile/1957; GAMBINO, Agostino. Eccessiva Onerosità della prestazione e superamento dell’alea normale del contratto. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno LVII. Gruppo 4° N. 1-2, p. 416-449, Gennaio-febraio/1960; QUADRI, Enrico. Il comportamento del debitore nella dinamica della risoluzione per eccessiva onerosità. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam. Anno XXII. N. 4, p. 333-358, Luglio-agosto/1976; BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Seconda Ristampa Inalterata. Milano: Giuffrè, 1998, p. 07-16; DELFINI, Francesco. **Autonomia Privata e Rischio Contrattuale**. Milano: Giuffrè. 1999.

⁷²⁴ Com efeito, a redação dos arts. 478 a 480 do Código Civil de 2002 foi diretamente influenciada pelo *Codice Civile* (1942), arts. 1.467 a 1.469.

⁷²⁵ Sobre o tema v.: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 215-265 e; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 143-165.

⁷²⁶ Sobre o tema, inclusive com excelente análise em direito comparado (direito alemão, português e italiano), v. ainda: ODY, Lisiane Feiten Wingert. **O equilíbrio contratual nos contratos de crédito bancários e a aplicabilidade do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 125-137.

⁷²⁷ BOSELLI, Aldo. **La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità**. Torino: Editrice Torinese. 1952, p. 109-110.

⁷²⁸ Segundo Roppo os “*contratti di durata*” podem ser “... *contratos de execução prolongada ou periódica* (como um contrato de trabalho, uma locação, ou uma empreitada, ou um fornecimento) ou então de *contratos com execução diferida* (como uma venda de coisas genéricas, em que a individualização e a entrega são postergadas para um momento posterior, ou um transporte estabelecido para o mês subsquente ao da estipulação)” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 260).

⁷²⁹ Sobre o tema, v. MESSINEO, Francesco. **Doctrina General del Contrato** - Tomo II. Trad. R. Fontanarrosa, S. Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 376 e; DELFINI, Francesco. **Autonomia Privata e Rischio Contrattuale**. Milano: Giuffrè. 1999, p. 206. Nas relações de consumo, cumpre observar que muitos desses contratos, notadamente os que envolvem a prestação de *serviços*, são denominados “*cativos de longa duração*”. Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 91-109.

⁷³⁰ Nesse sentido, ensina Iturraspe que “Los contratos son por antonomasia un acto de previsión (...) En la medida que los hechos futuros sean previsibles, su invocación como pretexto de la revisión judicial (...) es inadmisibile. Por ello la norma pertinente habla de hechos ‘extraordinarios e imprevisibles’, que escapan, por ende, a toda anticipación” (ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 213-214).

⁷³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, abril-junho de 2004, p. 63.

chamada *Teoria da Imprevisão* – não obstante as críticas que recebeu⁷³² – inspirou os legisladores italiano e brasileiro nessa matéria⁷³³, já que estabeleceu, como condição para a extinção do contrato, a necessidade da prova de que a ocorrência do fato causador da excessiva onerosidade – ou, ao menos, do seu *grau de intensidade e consequências*⁷³⁴ – não poderia ter sido prevista pelos contratantes à época da formação do vínculo, considerando as particularidades do caso⁷³⁵.

A segunda condição é a de que o fato superveniente, extraordinário e imprevisível tenha ultrapassado a *álea normal* do contrato⁷³⁶, situação que varia de acordo com a espécie e a finalidade do vínculo entre os sujeitos⁷³⁷. A terceira condição é a de que o contratante que busca a resolução contratual por onerosidade excessiva não esteja em mora, pois como ensina Roppo tal condição “É uma consequência do princípio geral, segundo o qual o devedor em mora suporta todos os riscos que se concretizam no período da mora (cfr. o art. 1221º Cód. Civ.)”⁷³⁸.

Já a quarta e última condição – não prevista nas disposições do *Codice Civile* e bastante criticada, inclusive, pela doutrina brasileira – diz respeito à necessidade do fato superveniente e imprevisível ter gerado *extrema vantagem* para a parte não prejudicada pela

⁷³² Nesse sentido, na doutrina brasileira, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 246-252.

⁷³³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 184-185. Sobre o tema, v. ainda: MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 230-235.

⁷³⁴ Nesse sentido, o Enunciado n. 175, da II Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Art. 478: A menção à imprevisibilidade e a extraordinariedade inseridas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 47). Sobre o tema, v. *Idem*. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 156.

⁷³⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 62.

⁷³⁶ Na doutrina italiana, v. GAMBINO, Agostino. Eccessiva Onerosità della prestazione e superamento dell’alea normale del contratto. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno LVII. Gruppo 4º N. 1-2, p. 441-442 e; DELFINI, Francesco. **Autonomia Privata e Rischio Contrattuale**. Milano: Giuffrè. 1999, p. 210-217. A propósito, estabelece o Enunciado n. 366, da IV Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “O fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 74).

⁷³⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 262). Nos contratos de consumo, cumpre observar que significativa parcela da doutrina brasileira considera cabível a aplicação das ações de revisão ou resolução por onerosidade excessiva superveniente a contratos de natureza *aleatória*, como os de seguro (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 145-146).

⁷³⁸ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 264. Aguiar Júnior, no mesmo sentido, afirma que “A onerosidade é um aspecto da teoria da superveniência, e nela se afirma o princípio da responsabilidade do devedor moroso, pela impossibilidade posterior” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 157).

excessiva onerosidade (CC, art. 478)⁷³⁹. Com efeito, tal requisito, mesmo em contratos paritários, parece não se ajustar às situações de onerosidade excessiva superveniente⁷⁴⁰, onde o fato gerador do desequilíbrio contratual não é imputável à conduta de qualquer dos contratantes, ao contrário do que ocorre, p. ex., nas situações de desequilíbrio gerado pelo exercício abusivo da posição jurídica, em que o fato gerador do desequilíbrio é, necessariamente, imputável à conduta do sujeito mais forte da relação.

Sobre a *revisão* contratual por onerosidade excessiva superveniente, cumpre observar que o Código Civil brasileiro, em atenção à necessidade, já sentida pelo direito italiano⁷⁴¹, de possibilitar às partes instrumentos de conservação do vínculo contratual⁷⁴², prevê a possibilidade de manutenção dos contratos bilaterais quando, por iniciativa do contratante não atingido diretamente pela onerosidade excessiva, houver oferta no sentido de restabelecer o equilíbrio perdido (CC, art. 479)⁷⁴³. Além desse dispositivo, também a norma do art. 480 destina-se à revisão de contratos *unilaterais* (ou gratuitos), i. e., aqueles em que apenas um dos contratantes assume obrigações⁷⁴⁴ (como ocorre nos contratos de *doação pura* e de

⁷³⁹ Sobre as críticas ao mencionado requisito legal, v., por todos: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004 p. 152.

⁷⁴⁰ Como bem observa Ody: “O requisito da vantagem exagerada para outra parte deveria ser dispensado, porque não é comum às demais teorias que instrumentalizam a correção do desequilíbrio contratual superveniente. De fato, importa que uma das partes sofra de forma insuportável, obrigando-se a repartição dos riscos que excedem à álea normal do contrato, não interessando se a outra tenha com isso uma extrema vantagem” (ODY, Lisiane Feiten Wingert. **O equilíbrio contratual nos contratos de crédito bancários e a aplicabilidade do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 128-129). Justifica-se, assim, a interpretação do Conselho da Justiça Federal, no Enunciado n. 365, da IV Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como *elemento accidental* da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução do negócio por onerosidade excessiva, *independentemente de sua demonstração plena*” – grifou-se (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 74).

⁷⁴¹ Código Civil italiano (1942), art. 1.467, §3º.

⁷⁴² Segundo o Enunciado n. 176, da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Op. cit.*, p. 47). Cumpre observar que no Código Civil Brasileiro (2002) há alguns importantes instrumentos jurídicos de conservação dos contratos, como a norma prevista no art. 153, que estabelece a possibilidade de *redução do negócio jurídico inválido*. No CDC, por sua vez, ganha importância a previsão do art. 51, § 2º (conservação dos contratos com cláusulas inválidas). Sobre o tema, v. BELMONTE, Cláudio. **Proteção Contratual do Consumidor**. Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 23 *et seq.*

⁷⁴³ O instituto foi denominado *reductio ad aequitatem*. Sobre o tema, na doutrina italiana, v., por todos: BOSELLI, Aldo. **La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità**. Torino: Editrice Torinese. 1952, p. 267. A propósito, estabelece o Enunciado n. 367, da IV Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto da resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Op. cit.*, p. 74).

⁷⁴⁴ Naturalmente, o vocábulo “obrigações” está sendo aqui empregado no sentido de “deveres estritamente contratuais”, i. e., as obrigações expressamente previstas no contrato. Com efeito, sabe-se que em qualquer contrato, seja bilateral (oneroso) ou unilateral (gratuito), os contratantes estão sujeitos, segundo as circunstâncias

comodato). Trata-se de modalidade de revisão judicial, onde se busca a modificação equitativa das condições contratuais⁷⁴⁵, seja pela correção do valor da prestação pecuniária (como ocorre na hipótese do CC, art. 317)⁷⁴⁶ ou a alteração do modo de executar a prestação assumida⁷⁴⁷.

Apresentadas as considerações fundamentais sobre a resolução/revisão contratual nos contratos civis, cumpre ainda destacar outro tema na análise da onerosidade excessiva superveniente, cuja importância se projeta não apenas no âmbito das relações contratuais civis, mas também (e principalmente!) no âmbito das relações contratuais de consumo. Trata-se da possibilidade da cláusula geral de *boa-fé objetiva*⁷⁴⁸ atuar como norma de correção das situações de onerosidade excessiva superveniente, não obstante os requisitos expressamente estabelecidos na lei (CC, art. 478; CDC, art. 6º, V). Ocorre que “Il criterio di buona fede nasce, storicamente, in connessione con l’esigenza di dare giuridica voce ad interessi apprezzabili e degni di tutela, ma soffocati dal positivo rigore della ‘forma’, dalla lettera della legge o del contratto”⁷⁴⁹.

Por essa razão é que Larenz atribuía à boa-fé uma função especial de possibilitar a liberação do devedor em razão do desaparecimento da base do negócio, como nas situações de onerosidade excessiva superveniente⁷⁵⁰. Na doutrina brasileira, Couto e Silva, com influência no direito alemão, sustentava que a fundamentação sistemática da base objetiva do negócio estaria “...no princípio da boa-fé, podendo o juiz, no caso de rompimento da base objetiva do contrato, adaptá-lo às novas realidades, ao mesmo tempo que atribui ao contratante

do caso, a natureza e os fins do contrato em questão, ao cumprimento dos *deveres anexos (laterais ou instrumentais)*, oriundos da cláusula geral de *boa-fé objetiva* (CC, art. 422).

⁷⁴⁵ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 263.

⁷⁴⁶ Sobre a interpretação do disposto no CC, art. 317 v., por todos: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 152-153.

⁷⁴⁷ Aqui, importa destacar o disposto no CC, art. 313 c/c art. 356: “Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida ainda que mais valiosa; Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida”. Assim, em contrato de doação, após a aceitação do donatário, o doador pode ajuizar ação no sentido de modificar as condições do contrato (*e.g.* a entrega de outro imóvel ao donatário, com valor idêntico ao do imóvel prometido, em razão de que precisará do imóvel objeto da doação para determinada finalidade econômica).

⁷⁴⁸ Sobre a cláusula geral de boa-fé objetiva, na doutrina brasileira, v. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 273 *et seq.*

⁷⁴⁹ DELL’UTRI, Marco. Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato). **Rivista di Diritto Civile**. Padova. n. 3 (Anno XXXIX). 1993, p. 315.

⁷⁵⁰ Segundo o mestre alemão “También es contrario a la buena fe sugeitar a una persona al cumplimiento de un contrato y derivar de éste derechos cuando, a consecuencia de sucesos imprevistos que escapan a la influencia de la outra parte y no pertenecen al riesgo asumido por ninguno de los contratantes, desaparece de tal forma la base del contrato que éste conforme la intención de las partes, no puede subsistir” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1958, p. 154).

prejudicado o direito de resolver o contrato”⁷⁵¹. Por fim, é possível encontrar esse mesmo posicionamento também nas doutrinas francesa e italiana⁷⁵².

A questão é oportuna, pois se por um lado não se pode dizer que o fato gerador da onerosidade excessiva superveniente é a conduta de qualquer dos contratantes⁷⁵³, por outro parece razoável exigir-se do credor, como conduta *conforme a boa-fé*⁷⁵⁴, o cumprimento de um dever (anexo) de *cooperação*⁷⁵⁵ a partir da ocorrência da onerosidade excessiva e do pedido de revisão/resolução contratual⁷⁵⁶. Com efeito, esse dever de cooperar se traduz, sobretudo nos contratos *de consumo*, no dever de *renegociar a dívida* do contratante mais fraco⁷⁵⁷ que, em razão do fato superveniente encontra-se em extrema dificuldade de adimplir sua prestação excessivamente onerosa⁷⁵⁸, considerando o risco de sua ruína econômica pessoal e, no caso do consumidor pessoa física, também familiar⁷⁵⁹. Assim, se aceito esse

⁷⁵¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 655, maio de 1990, p. 10. No mesmo sentido, entende Aguiar Júnior que as cláusulas gerais de função social do contrato (CC, art. 421) e boa-fé objetiva (CC, art. 422) devem ser compreendidas como “...fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra. O que não se ajustar a tais soluções será examinado à luz da regra específica da onerosidade excessiva (art. 478 do Código Civil)” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 148).

⁷⁵² Na doutrina francesa, observa Fin-Langer que “La bonne foi oblige les parties à renégocier le contrat en cas de bouleversement de l’équilibre contractuel” (FIN-LANGER, Laurence. **L’équilibre contractuel**. Paris: LGDJ. 2002, p. 277). Na doutrina italiana, v. GALLO, Paolo. Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto. **Rivista di Diritto Civile**. Padova. n. 2 (Anno XLVIII). 2002, p. 255-256 e ainda o texto de Guido Alpa, traduzido para o francês: ALPA, Guido. Nouvelles frontières du droit des contrats. **Revue internationale de droit comparé**. Paris. N. 4 (1). 1998, p. 1.017.

⁷⁵³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 154.

⁷⁵⁴ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 154.

⁷⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 233-238.

⁷⁵⁶ É importante destacar que o dever anexo de cooperação, sobretudo no âmbito das relações contratuais *civis*, também pode ser exigido em favor do próprio *credor*, pois a situação de onerosidade excessiva superveniente, como já demonstrado, pode atingir também o credor da prestação (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 153). Nesse sentido, tem-se o Enunciado n. 169, da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Jornadas... cit.*, p. 46)

⁷⁵⁷ MACARIO, Francesco. Riesgo contractual y relaciones a largo plazo: de la presuposición a la obligación de renegociar. **Responsabilidad civil y seguros**. Buenos Aires: La Ley. 2005, p. 56-78. *Apud*. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 211.

⁷⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 236.

⁷⁵⁹ Essa situação de ruína pessoal e familiar, verdadeira insolvência civil, pode caracterizar o que a doutrina consumerista vem denominando de *sobreendividamento* ou *superendividamento* do consumidor pessoa física. Marques, com fundamento na experiência jurídica alemã, ensina que a cláusula geral de boa-fé objetiva impõe aos fornecedores (credores) um *dever de renegociar* as dívidas dos consumidores (devedores) insolventes (*superendividados*), a fim de cooperar para que esses consumidores possam se inserir novamente no mercado de consumo, ambiente necessário para o acesso a bens relativos a sua dignidade humana (MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro

entendimento⁷⁶⁰, importa destacar que o fato gerador da onerosidade excessiva superveniente não necessita ser, como sustenta a tradicional doutrina civilista, uma situação cujos efeitos se manifestem sempre em “*carácter de generalidade*”⁷⁶¹, mas pode ser uma situação de “*onerosidade excessiva subjetiva*”⁷⁶², cujos efeitos repercutam apenas na esfera pessoal do contratante prejudicado (*e.g.* perda do emprego, doença grave etc.)⁷⁶³, estabelecendo-se, nessas hipóteses, a necessidade de assegurar a manutenção do “mínimo existencial” da pessoa como exigência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), concretizado pela cláusula geral de *função social do contrato* (CC, art. 421)⁷⁶⁴.

Do exposto, entende-se que a aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva às situações de onerosidade excessiva superveniente justifica-se, de modo especial nas relações de consumo, como exigência do “princípio do equilíbrio” (ou da “equivalência material”) previsto no CDC, art. 4º, III, cuja aplicação, para a preservação do sinalagma da relação de consumo, deverá necessariamente ocorrer *em conformidade com a boa-fé*⁷⁶⁵. Convém observar, porém, que mesmo a previsão expressa da boa-fé em legislação específica sobre o tema não é obstáculo a autorizados entendimentos contrários à utilização dessa cláusula geral. Nesse sentido, sustenta Ascensão – não obstante a expressa previsão da boa-fé objetiva no

de 2002, p. 227-228). Sobre o tema, v. ainda: *Idem. Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 236-237 e; _____. ; CAVALLAZZI, Rosângela L. (Coord.). **Direitos do Consumidor Endividado**. Superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

⁷⁶⁰ Na jurisprudência brasileira v., a título exemplificativo: STJ. REsp 293778/RS. 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 20.08.2001; STJ. REsp 469522/PR. 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 25.02.2003 (as referências a estes julgados encontram-se em MARQUES, Claudia Lima. *Contratos... cit.*, p. 237).

⁷⁶¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 1988, p. 262. Também Iturraspe, a respeito dos fatos, extraordinários e imprevisíveis, geradores da onerosidade excessiva superveniente nas relações contratuais *civis*, ensina que “...se dejan de lado, así mismo, los hechos que tienen una gravitación personal o individual, que sólo afectan a tal o cual persona, que es parte contratante, para considerar aquellos que perjudican a ‘toda una categoría de deudores’” (ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 223). Exemplos desses fatos de repercussão geral podem ser os atos de intervenção governamental na econômica e as crises econômicas, de repercussão regional, nacional ou mesmo global. Sobre o tema, v. MARTINS-COSTA, Judith. A Teoria da Imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 670, agosto de 1991, p. 45 *et seq.*

⁷⁶² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 184.

⁷⁶³ Importante destacar que mesmo doutrinadores atentos à existência de um direito privado pós-moderno apresentam posições contrárias a esse entendimento da “onerosidade excessiva subjetiva”. Nesse sentido, v. MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 386.

⁷⁶⁴ Com efeito, dispõe o Enunciado n. 23, da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou *interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana*” – grifou-se. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 19).

⁷⁶⁵ Cf. análise realizada no Capítulo 2, subitem 2.2.1.

Código Civil Português (art. 437/1)⁷⁶⁶ – que a aplicação da boa-fé objetiva às situações de onerosidade excessiva superveniente (no direito português, de “alteração anormal das circunstâncias”) é vazia de sentido, pois não está em questão a “valoração da conduta de qualquer dos contratantes”, mas apenas a análise acerca da proporção (equilíbrio) entre prestação e contraprestação contratuais⁷⁶⁷.

Seja como for, percebe-se que os dois regimes jurídicos das relações contratuais privadas no direito brasileiro (o Direito Civil e o Direito do Consumidor), não obstante tenham em comum a preocupação com a preservação do “fim útil do contrato”⁷⁶⁸ a partir da equivalência econômica (“bilateralidade”) entre as prestações, estabelecem, em razão dos distintos *fins sociais* (LINDB, art. 5º) que justificam sua existência, diferentes critérios para a revisão contratual por onerosidade excessiva superveniente⁷⁶⁹. Com efeito, se o Código Civil exige (arts. 317 e 478) que o fato gerador da onerosidade excessiva tenha certa qualidade (no caso, que seja *extraordinário e imprevisível*⁷⁷⁰, ao menos, quanto ao grau de intensidade dos seus efeitos⁷⁷¹), o CDC, ao contrário, adotou critério diverso, dispensando qualquer qualidade ao fato gerador da onerosidade excessiva superveniente e concentrando-se, antes, no seu

⁷⁶⁶ Dispõe o Código Civil Português, art. 437/1: “Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas *afecte gravemente os princípios da boa fé* e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” – grifou-se.

⁷⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 166. Do mesmo autor, v. *Idem*. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, abril-junho de 2004, p. 65. Na doutrina brasileira, observa Lira que a onerosidade excessiva superveniente deve ser apreciada a partir de uma “...avaliação objetiva da prestação, em si e por si, em confronto com a contraprestação” (LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 159, janeiro-março de 1985, p. 11).

⁷⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 175. Na doutrina francesa, v. GHESTIN, Jacques. L’utile e le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, t. 26, 1981, p. 41-45.

⁷⁶⁹ Importa considerar que os contratos de consumo, com finalidade *existencial*, diferenciam-se dos contratos civis, cuja finalidade pode ser existencial (como ocorre em determinados contratos paritários entre pessoas físicas) ou empresarial. Nesse sentido, estabelece o Enunciado n. 439, da V Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A revisão do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”.

⁷⁷⁰ Na doutrina brasileira, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 154 *et seq.*; na doutrina argentina, v. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual**. Buenos Aires: Ediar. 1978, p. 223-224; na doutrina portuguesa, v. ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, abril-junho de 2004, p. 62-63.

⁷⁷¹ Cf. Enunciado n. 175, da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às *consequências que ele produz*” – grifou-se (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 47).

efeito negativo, a *excessiva onerosidade* da prestação para o consumidor contratante⁷⁷² (art. 6º, V, 2ª Parte)⁷⁷³.

Em outros termos, percebe-se que no Direito do Consumidor a revisão contratual é cabível se ficar demonstrada a situação de onerosidade excessiva em razão de fatos supervenientes à celebração do contrato, sendo irrelevante a demonstração de imprevisibilidade desses fatos à época da contratação⁷⁷⁴. Com efeito, desde a entrada em vigor do CDC formou-se importante acervo jurisprudencial em torno da matéria, com destaque para o *leading case* das ações revisionais envolvendo contratos de arrendamento mercantil (“*leasing*”), a partir de 1999⁷⁷⁵:

Revisão de Contrato. Arrendamento Mercantil (Leasing). Relação de consumo. Indexação em Moeda Estrangeira (Dólar). Crise Cambial de Janeiro de 1999. Plano Real. Aplicabilidade do Art. 6º, inciso V do CDC. Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, ‘caput’, 31 e 52 do CDC). Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (art. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei n. 8.880/94” (STJ. REsp 268.661/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 16.08.2001)⁷⁷⁶.

⁷⁷² Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 153-154; *Idem*. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 62-63 e; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 139-153.

⁷⁷³ Dispõe o CDC, art. 6º, V (2ª Parte): “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*” – grifou-se.

⁷⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...* cit., p. 153.

⁷⁷⁵ Barletta, a propósito, apresenta um importante histórico a respeito do caso (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 153-180).

⁷⁷⁶ Outros precedentes do STJ a respeito do caso: STJ. AgRg no REsp 374.351/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 30.04.2002; STJ. REsp 376.877/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 06.05.2002; STJ. REsp

Nessas situações envolvendo os contratos de *leasing*, percebe-se claramente que o fato gerador da onerosidade excessiva não foi a atuação da cadeia de fornecimento, mas uma inesperada mudança de posicionamento do governo federal em relação a sua política cambial. Assim é que Aguiar Júnior, comentando o caso, destaca que o fato superveniente também causou problemas ao fornecedor (no caso, a instituição financeira) “...que se obrigou junto ao credor externo e deve a este pagar em dólares”⁷⁷⁷. Com efeito, esse dado é fundamental para a distinção entre o desequilíbrio econômico por fato não imputável ao fornecedor (desequilíbrio por onerosidade excessiva superveniente) e aquele que caracteriza a *lesão* nos contratos, e cuja causa é a *conduta abusiva do fornecedor* (desequilíbrio por abuso da posição jurídica)⁷⁷⁸.

Por fim, quanto à possibilidade de *resolução* contratual por onerosidade excessiva superveniente em contratos de consumo, cumpre destacar que o CDC não a previu expressamente⁷⁷⁹. Contudo, com bem observa Aguiar Júnior, o consumidor, se preferir, pode ajuizar ação buscando a resolução do contrato em função “...do previsto no art. 83 do CDC: ‘Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela’”⁷⁸⁰. Nesse caso, pode ser suscitada dúvida quanto aos pressupostos legais para a resolução: seriam os mesmos previstos no Código Civil (art. 478)? Ao que parece, a dúvida é apenas aparente, pois em razão do direito básico à *facilitação da defesa dos consumidores em juízo* (CDC, art. 6º, VIII)⁷⁸¹, foge à razoabilidade aplicar pressupostos distintos dos que o CDC já estabelece para a revisão contratual, considerando o fato de que são *mais favoráveis aos consumidores* do que os pressupostos do Direito Civil⁷⁸².

473.140, 2ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 12.02.2003; STJ. REsp 437.660, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 08.04.2003.

⁷⁷⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 146 (nota n. 281).

⁷⁷⁸ O desequilíbrio excessivo por abuso de posição jurídica será analisado na sequência (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

⁷⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ**. Brasília, n. 25, abril-junho de 2004, p. 64.

⁷⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 154.

⁷⁸¹ Trata-se de importante dispositivo legal no CDC, cuja interpretação, não raras vezes, restringe-se apenas à possibilidade de concessão, no processo civil, da *inversão do ônus da prova* em favor dos consumidores. Contudo, o direito à facilitação da defesa do consumidor é bem mais abrangente do que aquele instrumento processual. Sobre o tema, v., por todos: ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 04-27.

⁷⁸² Como observado, o sistema jurídico de Direito Civil (CC, arts. 317 e 478) exige a demonstração de qualidade específica do fato superveniente (a imprevisibilidade de sua ocorrência e da extensão dos seus efeitos), ao passo que o sistema jurídico de Direito do Consumidor (CC, art. 6º, V) dispensa a demonstração desse qualificativo, focando-se apenas na existência da manifesta desproporção (a onerosidade excessiva superveniente) em desfavor do consumidor contratante.

Em suma: as situações de onerosidade excessiva superveniente, ainda que não tenham sido geradas pela conduta dos próprios fornecedores, representam situações de desequilíbrio excessivo nas relações contratuais de consumo, na medida em que comprometem o sinalagma interno do vínculo contratual, sua bilateralidade (equivalência/proporção econômica entre as prestações). Com efeito, entende-se que a posição jurídica de vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo – sobretudo em seu aspecto técnico e informacional⁷⁸³ – faz com que esses, por imperativo de necessidade social, depositem suas legítimas expectativas (confiança), não apenas na regularidade (não abusividade) da conduta dos fornecedores, mas também na possibilidade do equilíbrio econômico do contrato não se perder em razão de fatores externos ao próprio vínculo contratual, relacionados, de modo geral, à dinâmica do próprio mercado de consumo e, de modo particular, a fatos inesperados da vida do próprio consumidor contratante.

Portanto, entende-se que a existência de tais fatores, com repercussão geral ou particular⁷⁸⁴, pode representar a violação das expectativas legítimas dos consumidores na manutenção do equilíbrio econômico do contrato (traduzida pela avaliação objetiva de excessiva onerosidade da prestação do consumidor) e ensejar, como exigência de conduta *conforme a boa-fé* (CDC, art. 4º, III), o cumprimento de um dever anexo de *cooperação* (revisão contratual/renegociação de dívida) por parte do fornecedor, a fim de reestabelecer o “equilíbrio mínimo” da relação de consumo e garantir, sobretudo, a preservação do mínimo existencial do consumidor prejudicado (CF, art. 1º, III c/c CC, art. 421)⁷⁸⁵.

⁷⁸³ Cf. análise realizada no Capítulo 2 (subitem 2.1.2).

⁷⁸⁴ Fatores de ordem geral, como visto, podem ser as mudanças de política econômica do governo, a desvalorização da moeda pela inflação etc; fatores de ordem particular, a perda do emprego pelo consumidor, uma doença grave em sua família etc.

⁷⁸⁵ Relembre-se o Enunciado n. 23, da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou *interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana*” – grifou-se (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 19).

2.2.2.3. Desequilíbrio excessivo pela violação da confiança no exercício regular da posição jurídica dos fornecedores

A terceira e última espécie de desequilíbrio excessivo das relações de consumo associa-se ao exercício abusivo de todas as liberdades, prerrogativas e direitos que caracterizam a posição jurídica dos fornecedores no mercado de consumo⁷⁸⁶. Com efeito, essa espécie de desequilíbrio não se confunde com a que se verifica pela existência de vícios de inadequação ou insegurança, pois embora as responsabilidades pelo fato e pelo vício de produtos e serviços se estabeleçam pela violação objetiva de deveres legais (as “garantias de adequação e segurança”), não é o abuso da atuação dos fornecedores a sua causa, mas a própria imperfeição do sistema massificado (“seriado”) de produção⁷⁸⁷. Do mesmo modo, a causa do desequilíbrio econômico gerado pela onerosidade excessiva superveniente nos contratos de consumo é sempre um fato externo ao vínculo contratual, alheio à conduta dos contratantes, não se podendo falar em atuação abusiva dos fornecedores, já que até mesmo eles podem ser afetados negativamente em seus interesses econômicos⁷⁸⁸. No exercício abusivo da posição jurídica, ao contrário, os fornecedores atuam de modo excessivamente desproporcional em relação aos legítimos interesses e ao valor das prestações assumidas pelos consumidores, violando a “proibição de excessividade”⁷⁸⁹ que resulta, como dever jurídico, do princípio constitucional da proporcionalidade (CF, art. 5º, §2º)⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 222.

⁷⁸⁷ Como ensina Rizzatto Nunes “Em produções seriadas é impossível assegurar como resultado final que o produto ou o serviço não terá vício/defeito. Para que a produção em série conseguisse um resultado isento de vício/defeito, seria preciso que o fornecedor elevasse seu custo a níveis altíssimos, o que inviabilizaria o preço final do produto e do serviço e desqualificaria a principal característica da produção em série, que é a ampla oferta para um número enorme de consumidores. Dessa maneira, sem outra alternativa, o produtor tem de correr o risco de fabricar produtos e serviços a um custo que não prejudique o benefício (...) A falha é inexorável: por mais que o fornecedor queira, não consegue evitar que seus produtos ou serviços cheguem ao mercado sem vício/defeito” (RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 155-156).

⁷⁸⁸ A propósito, a análise de Aguiar Júnior sobre o *leading case* das ações revisionais nos contratos de *leasing* (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004, p. 146 – nota 281).

⁷⁸⁹ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Etica Juridica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, p. 144-145.

⁷⁹⁰ Cf. análise do princípio constitucional da proporcionalidade, realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.2.2). Como ensina Marques essa violação independe do conhecimento da ilicitude da conduta ou mesmo da intenção de lesar os consumidores (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 904). Como será visto na sequência, isso se justifica pelo fato de que a configuração atual do “abuso” no direito privado é objetiva (CC, art. 187), i. e., independe da existência de requisitos subjetivos.

Como ensina Marques, a atuação abusiva nas relações de consumo busca “...melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor”⁷⁹¹. O fornecedor, em razão da posição de vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo (CDC, art. 4º, I), exerce as liberdades e prerrogativas próprias de sua posição mercadológica para além dos limites estabelecidos, específica ou genericamente, pela ordem jurídica, obtendo uma *vantagem excessiva* sobre os consumidores, relacionada à cobrança de prestações pecuniárias desproporcionais, à transferência de riscos e responsabilidades ou à restrição de direitos básicos, com destaque para os de “dimensão existencial” (informação, saúde, educação etc.)⁷⁹². Por essa razão é que Martins-Costa afirma ser a atuação abusiva dos fornecedores “...a marca mais flamante do desequilíbrio, da desatenção aos interesses alheios, da ausência de solidariedade social”⁷⁹³.

A análise adequada do desequilíbrio excessivo gerado pelo exercício irregular (abusivo) da posição jurídica dos fornecedores nas relações de consumo pressupõe, em primeiro lugar, a compreensão acerca do *abuso do direito* (ou *exercício inadmissível de direitos*), instituto jurídico expressamente reconhecido no atual Código Civil brasileiro (art. 187)⁷⁹⁴ como reflexo do “movimento de funcionalização dos direitos subjetivos”⁷⁹⁵ que teve início no final do Século XIX e se consolidou na experiência jurídica ocidental – em especial, nos sistemas romano-germânicos – ao longo do Século XX, afirmando o próprio conceito de direito subjetivo, não obstante as autorizadas críticas que recebeu (Duguit, Kelsen), como

⁷⁹¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 904.

⁷⁹² Não por acaso é que o conceito de *vantagem excessiva* será apresentado na Parte II (Capítulo 4) como conceito “nuclear” da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva nas relações de consumo.

⁷⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 652.

⁷⁹⁴ Dispõe o art. 187 do Código Civil Brasileiro: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Importa destacar que o dispositivo legal foi diretamente inspirado no art. 334 do Código Civil Português (1966): “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico desse direito”.

⁷⁹⁵ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RS**. Porto Alegre, v. 27 (n. 57). 2003, p. 102-106. A essência desse movimento consistiu na mudança de percepção do *direito subjetivo* como poder absoluto do indivíduo e, conseqüentemente, no condicionamento do seu exercício a determinados limites (ou modos de exercício) relacionados ao cumprimento de sua finalidade (ou função) no âmbito social. Miragem, a propósito do tema, observa que “O reconhecimento do poder do indivíduo, um poder jurídico cujo exercício se estabelece nos termos da vontade do seu titular, não se admitirá, *a priori*, como uma determinada realidade dada. Exigirá, dentro do próprio sistema, uma justificação que não alcance apenas sua existência como direito subjetivo (contemplado, a princípio, no sistema de direito positivo, pela existência de previsão normativa), mas na própria idéia de finalidade para a qual é *concebido* e sua relação com o modo e os fins para os quais será *exercido*” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 35-36).

“noção fundamental do direito privado contemporâneo”⁷⁹⁶. Para Josserand, um dos grandes expoentes do movimento de funcionalização dos direitos subjetivos na experiência jurídica francesa, não seria essencial para a caracterização do abuso a demonstração da intenção de lesar (*aemulatio*), mas a constatação de um exercício *disfuncional* do direito, i. e., de um exercício que se desviaria da função em razão da qual o direito foi atribuído a seu titular pela ordem jurídica⁷⁹⁷. Nessa perspectiva, como ensina Michaélidès-Nouaros, o direito subjetivo passa a ser compreendido como “...une prérogative reconnue par l’ordre juridique au profit d’un particulier, en tant que personne et membre de la société, dans le but de déployer une activité utile à lui-même et au bien commun”⁷⁹⁸.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a configuração contemporânea do instituto do abuso do direito/exercício inadmissível de direitos sintetiza o processo de sua evolução histórica, desde as primeiras objeções acerca da própria existência do instituto⁷⁹⁹, passando por sua aceitação, porém com natureza subjetiva (abuso como ato *emulativo*)⁸⁰⁰. Superados esses dois momentos, chega-se ao abuso do direito de matriz objetiva (CC, art. 187), em que os requisitos para a existência do ato abusivo são apenas dois: “a) *o exercício de direito próprio*; b) *a violação dos limites objetivos*, a saber, *o fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes*”⁸⁰¹.

Assim, a importância dessa relação entre o abuso/exercício inadmissível de direitos (Direito Civil) e o abuso/exercício inadmissível de *posição jurídica* (Direito do Consumidor)

⁷⁹⁶ MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L’*évolution récent de la notion de droit subjectif*. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 64, 1966, p. 216.

⁷⁹⁷ JOSSERAND, Louis. **L’abus des droits**. Paris: Arthur Rousseau Éditeur. 1905.

⁷⁹⁸ MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L’*évolution récent de la notion de droit subjectif*. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 64, 1966, p. 235.

⁷⁹⁹ A mais conhecida delas é a objeção do jurista francês Planiol, para quem o abuso do direito seria uma expressão *logomáquica*, já que “o direito cessa onde começa o abuso”. Sobre a famosa objeção do jurista francês, pondera Ascensão que a existência do direito e do abuso é logicamente possível, na medida em que “... há direito, mas há também defeito no exercício” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – V.3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 216).

⁸⁰⁰ A análise sobre o desenvolvimento histórico do movimento de funcionalização dos direitos e do próprio instituto do abuso do direito (França) ou exercício inadmissível de direitos (Alemanha) – não obstante a sua inegável importância para a compreensão do desenvolvimento histórico desse instituto na experiência jurídica brasileira – transcende os limites desta pesquisa, voltada especificamente para as relações jurídicas de consumo e, portanto, para o Direito do Consumidor. Nesse sentido, para uma profunda análise do tema, recomenda-se, na doutrina brasileira: MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 66-93; e também: LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Op. cit.*, p. 102-112. Ver ainda, na doutrina francesa: RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2002, p. 167 *et seq.*

⁸⁰¹ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 131

está no fato de que a cláusula geral de abuso do direito (CC, art. 187)⁸⁰², reunindo em seu suporte fático os limites objetivos ao exercício de direitos (fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes)⁸⁰³, estabelece as pautas gerais acerca do controle das situações de abuso *no sistema jurídico brasileiro*, auxiliando na interpretação acerca do específico conceito de “abusividade” no Direito do Consumidor⁸⁰⁴. Como bem observa Miragem, trata-se de cláusula geral de “ilicitude objetiva”, pois a configuração do abuso como ato ilícito no Direito Civil prescinde do elemento subjetivo (culpa) no suporte fático da norma jurídica⁸⁰⁵, bastando a configuração do excesso no exercício do direito⁸⁰⁶

O exercício dos direitos na ordem jurídica brasileira, para ser regular (lícito), deve, em primeiro lugar, estar de acordo com *o fim econômico ou social* em razão do qual o específico direito – direito subjetivo propriamente dito, direito potestativo, poder funcional ou qualquer outra prerrogativa ou liberdade jurídicas – foi atribuído a alguém pela ordem jurídica⁸⁰⁷. Se a ordem jurídica, bem observou Bobbio, não deve ser compreendida apenas como estrutura normativa, mas sobretudo pela função a desempenhar na sociedade⁸⁰⁸, então o exercício dos direitos subjetivos que ela confere deve encontrar sua medida e razão de ser na atenção a certa *finalidade* (ou *função*) no âmbito social. Trata-se de um limite interno, imanente ao próprio conteúdo dos direitos subjetivos⁸⁰⁹ e, nesse sentido, a expressa previsão do “fim econômico

⁸⁰² Dispõe o art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁸⁰³ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 130-151.

⁸⁰⁴ Nesse sentido, v. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 143 e; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 60. A propósito, esclarece o Enunciado n. 414, da V Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito” – grifou-se.

⁸⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 95.

⁸⁰⁶ Sobre a expressão “direito”, cumpre observar que o disposto no art. 187 do Código Civil refere-se não apenas ao exercício de um *direito subjetivo propriamente dito* (o poder de pretender de outrem o cumprimento de uma determinada prestação), mas também ao exercício de *direitos potestativos*, de *poderes-deveres* (ou *poderes funcionais*) e todas as demais espécies de liberdades e prerrogativas jurídicas conferidas, pela ordem jurídica, aos sujeitos de direito (*Ibidem*, p. 41 e 175).

⁸⁰⁷ Como visto anteriormente, a ideia de que o exercício dos direitos deve ser condicionado a uma finalidade social está na raiz das concepções finalistas da experiência jurídica francesa a respeito do conceito de abuso do direito. Sobre o tema, v. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L'évolution récente de la notion de droit subjectif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 64, 1966, p. 233-234.

⁸⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Milano: Edizioni di comunità. 1977. A propósito, cumpre destacar que o pensamento do ilustre jurista italiano encontra-se há muito positivado no sistema jurídico brasileiro que, no art. 5º do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais a que ela se dirige* e às exigências do bem comum” – grifou-se.

⁸⁰⁹ MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L'évolution récente de la notion de droit subjectif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 64, 1966, p. 233. Na doutrina brasileira, v. MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção

ou social” no art. 187 do Código Civil significa que a regularidade no exercício dos direitos – inclusive os da personalidade, de natureza *extrapatrimonial*⁸¹⁰ – está condicionada à satisfação de uma finalidade social que, por sua vez, pode ou não coincidir com uma finalidade econômica⁸¹¹.

Em linha de princípio, um mesmo direito subjetivo pode ter fim econômico e fim social específicos que, todavia, devem coincidir ou ao menos não se contradizer em vista da coerência lógico sistemática do ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, os direitos de crédito têm o fim econômico de assegurar o cumprimento e a satisfação do crédito pelo devedor, e aí reside igualmente seu fim social, em vista da proteção da utilidade, previsibilidade e segurança das relações econômicas. Por outro lado, há direitos em relação aos quais não se há de falar em fins econômicos, mas exclusivamente em fins sociais, como no caso dos direitos subjetivos pertinentes às relações jurídicas de direito de família⁸¹².

O cumprimento da finalidade sócio-econômica atribuída a determinado direito, quando a ordem jurídica não estabelecer critérios específicos para o intérprete⁸¹³ - e, por conta disso, for necessário concretizar a cláusula geral prevista no art. 187 do Código Civil – deve ser verificado, no caso concreto, pelo confronto entre as duas “medidas de utilidade” no exercício dos direitos: a utilidade para o próprio titular e a utilidade para a sociedade⁸¹⁴. Isso significa que para haver exercício regular do direito impõe-se, como condição, que “... a utilidade

da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 139 e 144.

⁸¹⁰ A propósito, v. o Enunciado n. 139, da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, *não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular*, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 43) – grifou-se.

⁸¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 135.

⁸¹² *Ibidem*, p. 137. Em relação ao exercício dos direitos de família o autor faz importante ressalva quanto à existência de determinados interesses econômicos decorrentes dos vínculos familiares, como se dá com os direitos sucessórios. Aqui, com toda certeza, há que se reconhecer a existência de um fim econômico no exercício do direito (*Ibidem*, p. 137).

⁸¹³ Um exemplo de critérios específicos de interpretação acerca da finalidade sócio-econômica de um direito pode ser encontrado no art. 186 da Constituição Federal, que dispõe acerca da *função social da propriedade rural*: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

⁸¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 136. No campo dos direitos contratuais, importante destacar a lição de Ghestin, segundo o qual a força obrigatória dos contratos reside na harmonia entre a utilidade particular (*l'utilité particulière*) do contrato – utilidade para o credor – e sua utilidade pública ou social (*l'utilité sociale*), referente à satisfação dos interesses sociais (GHESTIN, Jacques. *L'utile et le juste dans les contrats*. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris, t. 26, 1981, p. 41-45).

econômica para o titular do direito não seja contraditória com uma medida de utilidade econômica para a sociedade”⁸¹⁵.

No campo específico das relações contratuais, essa linha de entendimento encontra-se presente na orientação doutrinária a jurisprudencial acerca da cláusula geral de *função social do contrato* (CC, art. 421)⁸¹⁶. Com efeito, a “função social” estabelece uma medida de utilidade econômica que condiciona o exercício da liberdade contratual de modo a não haver condutas que possam lesar interesses metaindividuais⁸¹⁷ ou, no que respeita à eficácia interna do contrato⁸¹⁸, que possam lesar interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), como o que diz respeito à manutenção do “mínimo existencial” do contratante devedor⁸¹⁹.

Assim sendo, percebe-se que essas medidas de utilidade sócio econômica representam, no campo contratual, a *visão solidarista* atribuída ao direito privado contemporâneo, fundamentada no princípio constitucional da solidariedade social (CF, art. 3º, I)⁸²⁰. E entende-se que a realização da finalidade social de um direito poderá não se identificar, como bem observa Miragem, com a finalidade de ordem coletiva, i. e., fim *social* não é necessariamente um fim *coletivo*⁸²¹. Conclui-se, assim, que se o exercício do direito de crédito não atender a uma dessas medidas de utilidade social (CC, art. 421) poderá estar presente a situação de abuso pela desatenção ao fim sócio-econômico da liberdade contratual (CC, art. 187).

O exercício regular dos direitos também se condiciona a um comportamento conforme a *boa fé objetiva*. Considerada um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard*

⁸¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 136.

⁸¹⁶ Trata-se do Enunciado n. 23, da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes *interesses metaindividuais* ou *interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana*” ((AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 19).

⁸¹⁷ Interesses metaindividuais (ou transindividuais), definidos no CDC, art. 81, parágrafo único, I e II, são, p. ex.: a) os interesses dos consumidores enquanto coletividade indeterminada de pessoas – CDC, arts. 2º, parágrafo único e 29; b) os interesses sociais na proteção de bens jurídicos ambientais – CDC, arts. 37, § 2º e 51, XIV

⁸¹⁸ Dispõe o Enunciado n. 360, da IV Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *Op. cit.*, p. 73).

⁸¹⁹ Nesse caso, a título exemplificativo, o interesse da pessoa que, diante da total insuficiência de recursos para pagar a remuneração (tarifa) do serviço público essencial, não pode ter suspensa a prestação do serviço contratado com o prestador (STJ. REsp. 684442/RS. 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.09.2005).

⁸²⁰ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.2.2).

⁸²¹ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 137.

jurídico”⁸²² (ou ainda, uma “norma de comportamento leal”⁸²³) a boa-fé objetiva assume importância decisiva na funcionalidade do sistema de direito privado contemporâneo⁸²⁴, com destaque para a função limitadora do exercício de direitos, expressamente reconhecida pelo direito brasileiro (CC, art. 187) – sobretudo pela influência da experiência jurídica alemã⁸²⁵ – e identificada pela doutrina como uma de suas três funções gerais no sistema jurídico⁸²⁶. Com efeito, importa frisar que boa-fé objetiva, na Alemanha, apresentou-se como categoria autônoma – distinta, portanto, do abuso do direito⁸²⁷ – e critério normativo para o controle do exercício inadmissível de direitos a partir de situações que, ao longo do século XX, foram reconhecidas como comportamentos contrários à boa-fé e hipóteses típicas de abuso no exercício de direitos (sobretudo, os de natureza obrigacional)⁸²⁸: a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio*, as hipóteses de responsabilidade *pré-contratual*, de adimplemento substancial do contrato e de inalegabilidade de nulidades formais⁸²⁹.

⁸²² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 411.

⁸²³ *Ibidem*, p. 411. Nesse sentido, a importante lição de Couto e Silva “A seu turno, o dever que promana da concreção do princípio da boa fé é dever de consideração com o ‘alter’” (COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 29)

⁸²⁴ O direito privado contemporâneo, como será visto na Parte II (Capítulo 3) desta pesquisa, é compreendido como um sistema jurídico *aberto*, cuja funcionalidade depende, sobretudo da concreção dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais (como a da boa-fé objetiva). Sobre o tema, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 05-22 e; *Idem*. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 112, outubro-dezembro de 1991, p. 13-32.

⁸²⁵ Destaque-se a influência da experiência jurídica alemã na obra do Professor Clóvis do Couto e Silva que, mesmo sem a positivação legal da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916, entendia ser ela plenamente aplicável ao direito privado brasileiro, por se tratar “...de proposição jurídica, com significado de regra de conduta” (COUTO E SILVA, Clóvis V. *Op. cit.*, p. 30 *et seq.*). Sobre o tema, v. ainda: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé... *cit.*, p. 411 e; LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado-RS**. Porto Alegre, n. 27 (57), 2004, p. 118-120.

⁸²⁶ Martins-Costa aponta, além da função limitadora do exercício de direitos, as que se encontram expressamente previstas no Código Civil de 2002: a) *cânone hermenêutico-integrativo* dos negócios jurídicos (CC, art. 113) e b) *fonte de deveres jurídicos* (CC, art. 422) (MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé... *cit.*, p. 427-472). Sobre a interpretação da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil (boa-fé como fonte de deveres anexos de conduta), v. a posição dos Enunciados das Jornadas de Direito Civil (CJF/CEJ): n. 24, 25, 26, 27, 168, 169, 170, 361, 362 e 363).

⁸²⁷ Observa, a propósito, Ascensão: “A doutrina jurídica germânica não acolheu o abuso do direito. Desenvolve a figura do *Rechtsmissbrauch*, como limite geral, que atingiria as formas de exercício que afetassem gravemente os princípios gerais do direito ou de um instituto em particular” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 222).

⁸²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé... *cit.*, p. 411.

⁸²⁹ A propósito, esclarece o Enunciado n. 412, da V Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”. Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé... *cit.*, p. 457 *et seq.*; LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Op. cit.*, p. 122-130 e; MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 142. Na doutrina portuguesa

Em outros termos, entende-se que

...o abuso do direito, na Alemanha, não nasceu de um aprofundamento doutrinário em termos centrais relativamente ao próprio conceito de abuso, mas, ao contrário, foi construído pela sedimentação jurisprudencial e doutrinária de uma série de situações tipicamente abusivas, reconduzidas principalmente à boa-fé objetiva como princípio e critério jurídico distintivo e basilar para a configuração das hipóteses. Assim, torna-se mais preciso falar em exercício inadmissível de direitos, e não em abuso (...)

No desenvolvimento histórico da proibição do exercício inadmissível de direitos, demonstrou-se que o recurso à boa-fé objetiva, pela remissão à cláusula geral constante no §242 do BGB, foi o que possibilitou na Alemanha o desenvolvimento adequado do tratamento das hipóteses típicas, a viabilizar, posteriormente, pela sistematização, a elaboração de uma teoria⁸³⁰.

Essa experiência alemã, de rejeição ao instituto do abuso do direito e de adoção da boa-fé objetiva como norma limitadora do exercício de direitos⁸³¹, embora tenha influenciado a experiência jurídica brasileira antes do Código Civil de 2002⁸³², não foi, contudo, decisiva para o legislador brasileiro. Ao contrário, a opção legislativa do direito pátrio foi pelo reconhecimento da existência do abuso do direito (CC, art. 187)⁸³³, no qual a boa-fé se insere como *um dos* critérios gerais para balizar o exercício de direitos, evidenciando que a interpretação das situações de abuso não pode ficar circunscrita apenas às tradicionais hipóteses típicas do direito alemão, de comportamentos contrários à boa-fé, mas pressupõe “atividade judicial criadora” capaz de concretizar a cláusula geral a partir dos demais critérios limitadores ao exercício de direitos (fim social e econômico e bons costumes)⁸³⁴.

v., por todos: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **A Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra. Almedina. 2001, p. 719-860 e; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 234 *et seq.*

⁸³⁰ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado-RS**. Porto Alegre, n. 27 (57), 2004, p. 109 e 119.

⁸³¹ Sobre o tema, na doutrina alemã, v. por todos: LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas. 1993, p. 95-96.

⁸³² Como já assinalado, v. COUTO E SILVA, Clóvis V. **Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 30 *et seq.*

⁸³³ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 243 *et seq.*

⁸³⁴ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Op. cit.*, p. 121-122. Sobre o tema, v. ainda MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 172-175. Esse raciocínio de concretização, como bem observa Miragem, não pode se limitar ao mero reconhecimento do ato abusivo pela violação de um dos limites jurídicos previstos no art. 187 do Código Civil. Ao contrário, como se trata de uma *cláusula geral*, exige-se do juiz “um *dever de fundamentação qualificado*”, ou seja, “...que o juiz demonstre *qual* o limite para o exercício de direito subjetivo foi violado, assim como *de que modo* foi violado” (*Ibidem*, p. 174-175).

Assim sendo, pode-se dizer que a boa-fé objetiva, enquanto critério limitador do exercício de direitos (CC, art. 187), apresenta-se como “...norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção”⁸³⁵, estendendo-se tal proibição a todas as espécies de relações jurídicas no direito privado⁸³⁶, sobretudo as de natureza obrigacional, nas quais a incidência da cláusula geral de boa-fé estabelece, entre os sujeitos, um dever geral de *cooperação*⁸³⁷ – a assunção de comportamentos que não imponham obstáculo ou que colaborem ativamente para a realização dos interesses legítimos da outra parte – como decorrência dos princípios constitucionais da solidariedade social (CF, art. 3º, I) e da confiança (CF, art. 5º, §2º)⁸³⁸.

Por fim, o exercício regular de direitos será aquele que ocorrer em conformidade com os *bons costumes*. A distinção entre os conceitos de bons costumes e de boa-fé objetiva, como observou Couto e Silva – com fundamento na experiência jurídica alemã – pode, em princípio, ser percebida apenas como uma distinção de grau, pois é fato que “...não se pode considerar conforme com a boa fé o que contradiga os bons costumes”⁸³⁹. Contudo, pode-se dizer que apesar da proximidade entre os conceitos a cláusula geral de bons costumes não produziu, no direito alemão (BGB, §826), a mesma efetividade da cláusula geral de boa-fé objetiva (BGB, §242) como fonte normativa para a sistematização das hipóteses típicas de exercício inadmissível de direitos⁸⁴⁰. Por outro lado, influenciou significativamente na

⁸³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 457.

⁸³⁶ Sobre o tema, v. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 143 e; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 60.

⁸³⁷ Na doutrina alemã, v., por todos: LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas. 1993, p. 96-97; na doutrina brasileira, v., por todos: COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 30-31; MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 631-632 e; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 150.

⁸³⁸ A propósito, esclarece o Enunciado n. 414, da V Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil *tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança*, e aplica-se a todos os ramos do direito” – grifou-se.

⁸³⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 31.

⁸⁴⁰ LIMA, Ricardo Siebel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado-RS**. Porto Alegre, n. 27 (57), 2004, p. 120). Contudo, destaca Miragem a importância da cláusula geral de bons costumes (BGB, §826) no famoso “Caso Lüth” (1958), em que a cláusula geral foi confrontada com a necessidade do exercício da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, representando, inclusive, caso paradigmático sobre a *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – Drittwirkung* (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 148).

proibição da *lesão* em negócios bilaterais⁸⁴¹ (BGB, §138), sendo também fonte para o direito comparado sobre o tema⁸⁴².

A distinção entre bons costumes e boa-fé objetiva é, portanto, algo que não se pode ignorar. Na lição de Couto e Silva, entende-se que:

...os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto que a boa fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes, na relação jurídica. Assim, quem convencionou não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes, decorrendo a nulidade do negócio jurídico. De outro lado, quem deixar de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação, terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes⁸⁴³.

Em princípio, pode-se dizer que, ao contrário da função social e/ou econômica dos direitos, a boa-fé e os bons costumes não são limites internos (constitutivos do próprio conteúdo do direito), mas limites externos e esse conteúdo⁸⁴⁴. Contudo, são limites que se projetam sobre o exercício dos direitos de modos diferentes. Em outros termos, pode-se dizer que a cláusula geral de boa-fé objetiva atua na *eficácia interna* da relação jurídica, valorando a conduta dos sujeitos segundo padrões objetivos de comportamento socialmente esperados por estes em razão da natureza da relação, da posição jurídica ocupada pelos sujeitos ou de outras circunstâncias relevantes⁸⁴⁵. Já a cláusula geral de bons costumes transcende a realização das expectativas e interesses dos sujeitos da relação, pois se refere a comportamentos e valores compartilhados pela sociedade em dado contexto histórico-cultural, razão pela qual se pode atribuir à cláusula de bons costumes, como bem observa Miragem, uma *eficácia geral* (distinta da *eficácia relacional* da boa-fé)⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A lesão enorme no Direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: Edipucrs. 1997, p. 98-99.

⁸⁴² MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 147. Como observa Ferreira da Silva a interpretação do próprio conceito indeterminado “vantagem excessiva” no CDC (art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º), sobretudo quando remete aos “princípios gerais do sistema jurídico” (art. 51, §1º, I) foi inspirada na experiência jurídica alemã quanto à cláusula geral de bons costumes (BGB, §138) (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 99). O tema será analisado na Parte II deste trabalho (Capítulo 4, subitem 4.2).

⁸⁴³ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 31-32.

⁸⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 149.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 149.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 149-150.

Nesse sentido, é fundamental a compreensão de que o conceito de bons costumes não deve traduzir uma moralidade subjetiva, nem tampouco uma moralidade social, porém restrita aos comportamentos de ordem sexual⁸⁴⁷. Ao contrário, a função atribuída aos bons costumes, de ser critério limitador ao exercício dos direitos no sistema jurídico brasileiro (CC, art. 187), impõe ao intérprete uma compreensão mais ampla do conceito, que deve, assim, ser percebido como moralidade objetiva referente a valores, comportamentos e instituições que representam o “interesse social dominante”⁸⁴⁸ e, por isso mesmo, devem ser garantidos pela ordem jurídica⁸⁴⁹.

Enfim, parece correta a afirmação de que “...o conceito de bons costumes não depende de apreciações subjetivas (...) senão de um ‘critério objetivo e transcendente, perdurável no tempo, e ligado a uma ponderação axiológica’”⁸⁵⁰. Com efeito, pode-se dizer que esse “critério objetivo e transcendente” revela-se, em essência, na figura do *Estado Constitucional de Direito* enquanto instituição e valor socialmente relevantes⁸⁵¹, cuja justificação se dá pela positivação e garantia dos *princípios e direitos fundamentais* da pessoa humana⁸⁵². A propósito, ensina Novaes que:

...as formas de organização do poder político e os sistemas de governo não serão necessariamente idênticos, mas só haverá Estado de Direito quando no cerne das preocupações do Estado e dos seus fins figurar a protecção e garantia dos direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito (...) Estado de Direito será, então, o Estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à protecção, garantia e realização efectiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado⁸⁵³.

⁸⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Protecção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 144 *et seq.*

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 149.

⁸⁴⁹ Nesse sentido, Fernandes Neto, em adequada definição do abuso de direito, revela a presença desses valores e instituições que formam o “interesse social dominante” próprio do conceito de *bons costumes*: “... entendemos que o abuso do direito ocorre quando se dá o desvio do direito *ou das relações e instituições por ele criadas* (...) é o excesso do direito que afronta a finalidade e as proporções delineadas na lei, nos *princípios gerais do direito e dos sistemas jurídicos a que pertencem*” – grifou-se (FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 14-15).

⁸⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 147.

⁸⁵¹ Na importante análise de Verdú o Estado de Direito, em todas as suas fases históricas, representa sempre uma *conquista civilizatória* (VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 137).

⁸⁵² MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 151.

⁸⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986, p. 264-265. A propósito, observa Nery Júnior, a respeito da “Teoria dos Direitos Fundamentais” (Alexy), que “Os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático. Aquele que estiver interessado em correção e legitimidade deve estar interessado também em democracia e, necessariamente, em direitos fundamentais e humanos. O verdadeiro significado e importância desse argumento está em que se dirige, precipuamente, aos *direitos fundamentais e humanos* como realizadores dos procedimentos e instituições da democracia e faz com que reste patente a ideia de que esse discurso só pode

Assim sendo, entende-se que a proteção e garantia dos princípios e direitos fundamentais, enquanto finalidade do Estado Constitucional de Direito, informa o conteúdo da cláusula geral de bons costumes (CC, art. 187) na medida em que traduz os “valores ético fundantes do ordenamento jurídico”⁸⁵⁴ e, por isso mesmo, reflete o estado de moralidade objetiva de determinada sociedade⁸⁵⁵.

Em síntese, as pautas gerais para o controle do abuso no exercício de direitos no sistema jurídico brasileiro são representadas: a) por um limite interno, constitutivo do próprio conteúdo de qualquer direito subjetivo enquanto *finalidade* para o exercício deste: *fim social e econômico*; b) por um limite externo, não constitutivo do conteúdo do direito, e com eficácia relacionada aos interesses (legítimas expectativas) dos sujeitos da relação jurídica – sobretudo, nas relações obrigacionais – impondo, no exercício de direitos, uma conduta cooperativa (ética) com o outro sujeito da relação: *boa-fé objetiva* e; c) por um limite externo, não constitutivo do conteúdo do direito, e com eficácia relacionada aos interesses (legítimas expectativas) da sociedade onde o próprio direito é exercido, impondo, no exercício de direitos, uma conduta em conformidade com a moralidade objetiva, materializada na efetividade dos direitos (princípios) fundamentais: *bons costumes*⁸⁵⁶.

O exercício de direitos para além dos limites legalmente estabelecidos, justamente porque se caracteriza como espécie de ilícito civil⁸⁵⁷, pode desencadear determinadas consequências que representam a sua rejeição pela ordem jurídica, como o dever de indenizar os eventuais danos resultantes do ato abusivo (CC, art. 187 c/c art. 927)⁸⁵⁸, e ainda outras, que

realizar-se num Estado Constitucional Democrático, no qual os direitos fundamentais e democracia, apesar de todas as tensões, entram em uma inseparável associação” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 21-22).

⁸⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 151.

⁸⁵⁵ Observa Miragem que essa moralidade objetiva, dirigindo-se aos interesses da maioria, não pode, porém, desconsiderar direitos fundamentais das chamadas “minorias sociais”, sob pena de violação aos bons costumes (*Ibidem*, p. 151). Em Direito do Consumidor, ilustra bem essa ideia a proibição de publicidade abusiva que estabeleça mensagem *discriminatória de qualquer natureza* (CDC, art. 37, §2º), estabelecendo-se, pela norma infraconstitucional, a concretização do direito fundamental à igualdade, que supõe tratamento sem discriminações de raça, gênero, religião etc. (CF, art. 5º).

⁸⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 130-151. Sobre o tema, v. ainda: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 223-224.

⁸⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 122-129.

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 177-182. A propósito, observa o autor que “...o artigo 187 do Código Civil, ao prever o abuso do direito, o faz independente da caracterização de dano como elemento completante do ilícito ali indicado. A inexistência de previsão sobre dano no preceito, contudo, não significa – como já se referiu – que ele não possa

visam “...à eliminação dos efeitos do abuso ou, quando possível, o impedimento dos danos que por ele possam ser causados”⁸⁵⁹. Nesse sentido, percebe-se que o abuso/exercício inadmissível de direitos, por ser conduta *antijurídica* (contrária à ordem jurídica)⁸⁶⁰, produz eficácia jurídica (sanção) mesmo em situações onde o abuso não gera dano, pois “...ainda que não necessite existir dano individual imediato decorrente do ato abusivo, o mesmo não se diga do prejuízo à ordem jurídica, à confiança do outro sujeito da relação jurídica e à confiança na efetividade do direito”⁸⁶¹. Assim sendo, pode-se dizer que o controle do exercício abusivo de direitos *no sistema jurídico brasileiro* – e, portanto, no Direito do Consumidor – fundamenta-se, sobretudo nos princípios constitucionais da solidariedade social (CF, art. 3º, I) e da confiança (CF, art. 5º, §2º)⁸⁶², destacando-se ainda a influência do princípio constitucional da proporcionalidade (CF, art. 5º, §2º), enquanto fonte normativa do dever jurídico que Larenz reconheceu como “proibição de excessividade”⁸⁶³.

Nesse sentido, e a partir das considerações até aqui apresentadas sobre a cláusula geral de abuso no exercício de direitos (CC, art. 187), é possível realizar, enfim, uma adequada análise do conceito de abusividade no Direito do Consumidor, capaz de extrair do conteúdo da norma geral a possível contribuição ao conceito de ato abusivo nas relações de consumo. Com efeito, entende-se que a cláusula geral do Código Civil, sendo uma norma para o sistema jurídico brasileiro⁸⁶⁴, fornece ao Direito do Consumidor um *conceito geral de abusividade*,

existir. Ocorre que, havendo dano, o ilícito assume eficácia de indenização por força do artigo 927, *caput*, do Código Civil” (*Ibidem*, p. 120).

⁸⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 176. Segundo o jurista, tais consequências são: “a) a invalidade do ato praticado em abuso; b) a ineficácia do ato abusivo e a ineficácia em razão do abuso; c) a tutela inibitória do abuso e; d) a não-aplicação da regra jurídica no processo judicial (*Ibidem*, p. 175-196). Sobre o tema, v. ainda: LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RS**. Porto Alegre, v. 27 (n. 57). 2003, p. 120.

⁸⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 58. Na ordem jurídica brasileira, o abuso/exercício inadmissível de direitos é reconhecido expressamente como ato *ilícito* (CC, art. 187). Sendo ilícito (expressa violação de preceito normativo) é também *antijurídico* (contrário à ordem jurídica). Já no Código Civil Português (art. 334) define-se o ato abusivo como *ilegítimo*, que não tem o mesmo significado de “ilícito”, mas significa também *antijurídico*. Sobre a análise do art. 334 do Código Civil Português, v., por todos: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 226.

⁸⁶¹ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 121.

⁸⁶² *Ibidem*, p. 220.

⁸⁶³ LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, p. 144-145. Sobre o tema, v. ainda: PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 12, outubro-dezembro de 2002, p. 143.

⁸⁶⁴ Sobre o tema, v. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 143 e; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 60.

cujos elementos constitutivos formam a “base mínima” para a compreensão do conceito de abusividade nas relações de consumo⁸⁶⁵, orientada pelo método hermenêutico do “diálogo das fontes”⁸⁶⁶.

Vale dizer que a existência das práticas abusivas no mercado de consumo deve ser compreendida como *ilícito objetivo*⁸⁶⁷, afastando-se, por ultrapassada, a demonstração do elemento intencional da conduta do fornecedor (culpa)⁸⁶⁸ e levando-se em conta apenas a relação causal entre o modo como exerce as liberdades atribuídas pela ordem jurídica e o resultado desse exercício sobre o consumidor⁸⁶⁹. Além disso, as sanções gerais aos atos abusivos (Código Civil) devem incidir também no Direito do Consumidor⁸⁷⁰ – ainda que não

⁸⁶⁵ Pois como bem observa Aguiar Júnior “O nosso Código [refere-se ao CDC] não tentou definir a abusividade através de um enunciado abrangente” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 14).

⁸⁶⁶ Esse é, precisamente, o entendimento de Tartuce: “Uma das categorias mais importantes para o Direito Privado Contemporâneo é o abuso de direito, conceito que consta tanto no Código Civil de 2002 quanto no Código de Defesa do Consumidor, o que possibilita, mais uma vez, uma interessante interação entre as normas, em *diálogo das fontes*. [Ou seja] ...para a esfera consumerista, servem como parâmetros os conceitos que constam no art. 187 do CC/02: o fim social e econômico, a boa-fé objetiva e os bons costumes, em *diálogo das fontes*” (TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 348 e 351). Sobre a utilização do diálogo das fontes, sobretudo na relação entre Código Civil e CDC, v., por todos: MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 11-82. O tema será desenvolvido, de modo especial, na Parte II (Capítulo 4, subitem 4.2), quando da análise acerca da cláusula fundamental de correção do abuso nas relações de consumo: a cláusula geral de *vantagem excessiva* (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º).

⁸⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 244-245. A propósito, dispõe o Enunciado n. 37, da I Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério *objetivo-finalístico*” – grifou-se (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 21).

⁸⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 274.

⁸⁶⁹ Trata-se do que Marques denomina “uma aproximação objetiva” na análise do conceito de abusividade: um conceito onde o elemento principal passa a ser “o resultado objetivo que causa a conduta do sujeito”, conduta essa que se desvia dos limites gerais impostos pela ordem jurídica (MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 899).

⁸⁷⁰ Sobre a aplicação das sanções de *invalidade* às práticas abusivas no CDC (arts. 39 e 51), sobretudo das *cláusulas contratuais abusivas*, observa Becker que “...o perfil do sistema de invalidades positivado no Código de Defesa do Consumidor (...) em nada se afasta daquele estabelecido no Código Civil brasileiro” (BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 22, abril-junho de 1997, p. 123). E Benjamin, a propósito, observa que além das sanções de natureza civil (invalidade e/ou ineficácia do ato, dever de indenizar etc.) também as sanções administrativas e penais podem ser aplicadas, dada a natureza interdisciplinar do microsistema jurídico do CDC (BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 253-254).

haja expressa previsão delas no microsistema jurídico do CDC⁸⁷¹ – pois sua finalidade, como bem observa Miragem, é garantir a confiança social *no sistema jurídico*, sobretudo quando a confiança *relacional* (a expectativa legítima no comportamento do *alter*) é violada⁸⁷².

Essa é, portanto, a influência do conceito geral de abusividade (CC, art. 187) no campo das relações de consumo. A influência é, porém, insuficiente, pois não apreende todos os traços específicos da relação de consumo, perceptíveis a partir da compreensão do sinalagma caracterizador dessa relação jurídica que, como visto⁸⁷³, é uma situação marcada pelo desequilíbrio de *posições jurídicas*⁸⁷⁴. Sobre o conceito de “posição jurídica” ensina Castro que

... A posição de um sujeito não é *posição da pessoa*, ou posição que esta deva *a si mesma*, como pensou o naturalismo psiquista ou voluntarista do direito; mas posição que ela deve à norma. A posição jurídica é por excelência o vínculo normativo que *define* a situação de direito, enquanto constrói, de um só golpe, até quanto e até quando a pessoa se entende ser sujeito e até quanto e até quando a coisa, a qualificação social ou o ato humano podem constituir-se em *objeto* da ação normativa que configura a situação de direito⁸⁷⁵.

Trata-se, portanto, da posição ocupada por um sujeito (unissubjetiva)⁸⁷⁶ no contexto sócio-normativo de determinada situação jurídica subjetiva⁸⁷⁷ (ou, no caso do Direito do Consumidor, de uma situação intersubjetiva ou *relação jurídica*)⁸⁷⁸. Assim sendo, convém notar que, no âmbito dessa relação jurídica típica (a relação de consumo)⁸⁷⁹, as posições

⁸⁷¹ É o que ocorre no campo das práticas abusivas pré e pós-contratuais. Com efeito, o art. 39 do CDC estabelece a expressa vedação de determinadas práticas comerciais dos fornecedores sem, contudo, cominar a sanção para elas.

⁸⁷² MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 152.

⁸⁷³ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.2.3).

⁸⁷⁴ A propósito, observa Ascensão que: “Posição jurídica é a posição unissubjetiva: é a posição de um sujeito” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 10).

⁸⁷⁵ CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva. 1985, p. 68. Sobre o tema, v. ainda: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V.1. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 87.

⁸⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. V. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 10.

⁸⁷⁷ Como ensina Ascensão, as situações jurídicas subjetivas “... são situações de pessoas, resultantes da valoração histórica da ordem jurídica” (*Ibidem*, p. 11).

⁸⁷⁸ Vale lembrar aqui o que foi dito acerca do conceito de “relação jurídica” como categoria autônoma ou como espécie do gênero “situação jurídica” (Capítulo 1, subitem 1.1). Em sentido contrário à autonomia do conceito de relação jurídica, v. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Op. cit.*, p. 09-10; em sentido favorável à autonomia do conceito, v. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. V. I. (Sujeitos e Objecto). 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina. 1972, p. 02

⁸⁷⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 918.

jurídicas de consumidor e fornecedor, em razão da massificação presente na sociedade de consumo contemporânea⁸⁸⁰, não são redutíveis a posições de duas pessoas individualmente consideradas, mas a posições de duas *categorias sociais*, identificadas, de um lado, na cadeia de fornecimento de produtos e serviços (CDC, art. 3º, *caput*) e, de outro, no grupo social determinável ou até mesmo indeterminado de pessoas (CDC, art. 2º, parágrafo único). É precisamente nessa “posição grupal” (nesse *status*)⁸⁸¹ que o indivíduo consumidor (CDC, art. 2º, *caput*) se insere e é dela que ele retira sua posição jurídica vulnerável (CF, art. 5º, XXXII c/c art. 4º, I)⁸⁸², valendo a mesma premissa para o indivíduo fornecedor e sua posição mercadológica. Por tais razões, pode-se dizer que:

Em direito do consumidor, todavia, o abuso do direito vincula-se a duas concepções-chave para sua identificação e controle dos atos abusivos: o *status* constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais e a razão lógica deste reconhecimento como, de resto, das demais normas de proteção em nosso ordenamento: a presunção jurídica da sua vulnerabilidade (...) Enquanto no direito civil o desrespeito dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, implicam a caracterização da conduta abusiva, no direito do consumidor esta se dá por uma posição de dominância do fornecedor em relação ao consumidor (...) O abuso do direito no direito do consumidor, neste sentido, é antes o abuso de uma posição jurídica dominante de uma das partes (*Machtstellung einer Partei*), do fornecedor no mercado de consumo, cujo reconhecimento qualifica determinados modos de exercício da liberdade de contratar como abusivos, sobretudo quando de algum modo se utiliza ou aproveita da vulnerabilidade do consumidor⁸⁸³.

Assim sendo, pode-se dizer que as situações de abuso no Direito do Consumidor se identificam menos com o exercício abusivo de um específico direito – como sugere a interpretação da cláusula geral do abuso no Código Civil (art. 187) – e mais com o exercício abusivo de *todas as liberdades e prerrogativas* inerentes ao *status* daquele que ocupa a posição mercadológica em contraposição ao *status* daquele que ocupa a posição de vulnerabilidade⁸⁸⁴. A posição mercadológica dos fornecedores é, assim, posição jurídica *dominante* no mercado de consumo. Convém notar, porém, que a situação de abuso no Direito

⁸⁸⁰ Cf. análise realizada no Capítulo 1 (subitem 1.1.1).

⁸⁸¹ Sobre o *status* de consumidor (CF, art. 5º, XXXII), convém lembrar a definição de Dosi: “...si configura come un nesso relazionale tra un soggetto e una collettività, volto al soddisfacimento di un interesse che integra un fine superiore rispetto a quello dell’individuo” (DOSI, Laurence Klesta. *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato. Rivista di Diritto Civile*. Padova, n. 6 (Anno XLIII), novembre-dicembre/1997, p. 675).

⁸⁸² Como ensina Dosi “Il consumatore, oltre ad agire per la soddisfazione di un proprio bisogno, va considerato anche nella sua qualità di membro di un gruppo le cui finalità convergono, senza tuttavia necessariamente coincidere” (*Ibidem*, p. 675).

⁸⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 220-222.

⁸⁸⁴ *Ibidem*, p. 56-57.

do Consumidor, embora guarde certa semelhança com outras situações de abuso no exercício da posição economicamente mais forte – *e. g.* o abuso de poder pelo acionista controlador de uma empresa⁸⁸⁵, o abuso de poder na concorrência interempresarial (CF, art. 170, IV)⁸⁸⁶ etc. – não se confunde com essas situações, pois não se trata apenas de exercício abusivo *do poder econômico*⁸⁸⁷, mas de todos os demais fatores que caracterizam o desequilíbrio estrutural da relação de consumo (técnico, jurídico, informacional etc.).

Nesse sentido, a correção dos abusos praticados pelos fornecedores “...perpassa os três pontos cernes regulados pela lei [refere-se ao CDC]: a prática comercial, a publicidade e o contrato”⁸⁸⁸. Em outros termos, o microsistema jurídico do CDC, em atenção aos princípios fundamentais do Direito do Consumidor – concretizados no específico princípio (ou diretriz) de repressão eficiente aos abusos no mercado de consumo (CDC, art. 4º, VI)⁸⁸⁹ - estabeleceu conjunto de normas gerais de correção do desequilíbrio excessivo provocado pelo gênero “*práticas abusivas dos fornecedores*”⁸⁹⁰ e suas especificidades⁸⁹¹: a) as *práticas pré-*

⁸⁸⁵ “Assim, o abuso do poder do acionista controlador da companhia, extensamente tratado pela doutrina e regulado pelo artigo 115 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei Federal n. 6.404/76), em sua redação vigente (desde 2001)” (MIRAGEM, Bruno, **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 88-89).

⁸⁸⁶ A propósito, dispõe o art. 36 da Lei n. 12.529/2011: “*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: IV - *exercer de forma abusiva posição dominante*”. E no parágrafo 2º do mesmo dispositivo, conceitua o abuso da posição jurídica dominante em matéria concorrencial: “§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia” – grifou-se. A norma supracitada é, com pequenas alterações, uma reprodução do art. 20 da Lei 8.884/94 (a chamada “Lei de Defesa da Concorrência”), que foi parcialmente revogada pela lei de 2011. Analisando o tema, ainda na vigência da lei de 1994, observou Pfeiffer que “...o objeto de repressão pela Constituição Federal e pela legislação de defesa da concorrência não é o *poder econômico* em si, 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 lucros” (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 76, outubro-dezembro de 2010, p. 135).

⁸⁸⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso do seu exercício**. São Paulo: RT. 2001, p. 158 *Apud* MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 14.

⁸⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 13. No mesmo sentido, observa ainda Miragem outro ponto fundamental regulado pelo CDC em seu art. 28: o abuso da personalidade jurídica do fornecedor empresário, em detrimento dos consumidores e da própria concorrência empresarial (MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 225).

⁸⁸⁹ Sobre o tema, v. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 309;

⁸⁹⁰ Na doutrina brasileira, v., por todos: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 807-834 e 897-1.110; MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 227-242; CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 204 *et seq*;

contratuais, que envolvem a publicidade abusiva (CDC, art. 37, §2º)⁸⁹² e certas práticas previstas no art. 39 (p. ex., nos incisos I, II e III)⁸⁹³; b) as *práticas contratuais*, que dizem respeito às cláusulas contratuais abusivas (CDC, art. 51 a 53) e à situação prevista no art. 39, XII e; c) as *práticas abusivas pós-contratuais*, que decorrem dos efeitos de um contrato de consumo (CDC, arts. 39, VII; 32; 42, 43 etc.)⁸⁹⁴.

As práticas abusivas dos fornecedores, como espécie de desequilíbrio excessivo da relação de consumo, comprometem o “equilíbrio mínimo” dessa relação (CDC, art. 4º, III), violando as expectativas legítimas dos consumidores no exercício regular da posição jurídica dos fornecedores. Com efeito, o resultado objetivo da atuação abusiva dos fornecedores pode ser: a) a *desproporção econômica da relação* – seja em razão do contrato já celebrado ou da prática pré-contratual – que afeta “interesses imediatamente econômicos” dos consumidores (excessiva desproporção entre o valor (preço) da “remuneração” do consumidor em relação ao produto ou serviço)⁸⁹⁵ e; b) a *desproporção relacionada a outros fatores de desequilíbrio estrutural da relação* – seja em razão do contrato já celebrado ou da prática pré-contratual –

FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 112 *et seq.*; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008; BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor**. Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.33 *et seq.*; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 13-32; BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 22, abril-junho de 1997, p. 123-134 e; DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. **Revista de AJURIS**. Porto Alegre, n. 60 (Ano XXI), março de 1994, p. 129-142.

⁸⁹¹ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 251.

⁸⁹² Marques a define como “...publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 808). Percebe-se que a antijuridicidade (ou ilicitude) dessa prática comercial se justifica, sobretudo, pelo descumprimento dos limites gerais de boa-fé e dos bons costumes, pois o exercício da liberdade de expressão publicitária - inerente à posição dominante do fornecedor – viola a ordem de cooperação intersubjetiva ditada pela boa-fé e também os padrões/valores objetivos de moralidade social que correspondem aos bons costumes. Sobre o tema, v. ainda: MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 241-242; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 292-295 e; FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 153-167.

⁸⁹³ Sobre o tema, v. a oportuna classificação proposta por Marques (MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 812-820).

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 252-253.

⁸⁹⁵ Sobre o tema, é oportuna a lição de Marques: “...mister notar que, quanto ao preço, elemento essencial do contrato, e origem máxima da idéia de lesão enorme, a doutrina brasileira reluta em incluir as cláusulas que desequilibram o contrato, prevendo preçosleoninos, entre aquelas submetidas ao regime jurídico das cláusulas abusivas. Como veremos adiante, mesmo o Código de Defesa do Consumidor indica sanções diferenciadas para estes dois casos: a de nulidade para as cláusulas abusivas *stricto sensu* e a possibilidade de o juiz modificar a cláusula que estabeleça prestações desproporcionais (art. 6º, incisos IV e V, do CDC)” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 903).

que afeta “interesses mediatemente econômicos” dos consumidores, como o de acesso à informação de qualidade e a bens existenciais da pessoa humana (saúde, educação etc.)⁸⁹⁶.

Por oportuno, cumpre destacar que os interesses legítimos dos consumidores podem ser “imediatamente econômicos” ou “mediatamente econômicos” na medida em que as relações de consumo, enquanto relações *de mercado* – como visto, relações de trocas econômicas – sempre envolvem, em maior ou menor intensidade, expectativas legítimas de natureza econômica por parte dos consumidores⁸⁹⁷. Assim, quando o consumidor contrata, p. ex., um plano de saúde e o fornecedor decide fazer um reajuste exorbitante no preço pago pelo segurado, está em jogo um interesse *imediatamente* econômico. Quando, porém, a seguradora omite informação essencial sobre o contrato ou se recusa a cobrir determinado tratamento médico, está em jogo um interesse *mediatamente* econômico, ou seja, um interesse que não está imediatamente relacionado ao valor (preço) da remuneração, embora também diga respeito a este⁸⁹⁸.

Por derradeiro, cumpre observar que o legislador do CDC, para a correção do desequilíbrio excessivo da relação de consumo por exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores, utilizou de técnica legislativa adaptada à compreensão contemporânea do Direito como sistema jurídico *aberto*⁸⁹⁹, uma compreensão que, segundo Martins-Costa, pressupõe a seguinte percepção:

Há uma polaridade dialética que permeia todo o direito e que se constitui entre a necessidade de certeza e precisão, de um lado, e a *necessidade de imprecisão*, de outro, pois é esta que possibilitará o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador. Ocorre, por isso, em todo o ordenamento jurídico uma composição entre enunciados marcados por alto grau de precisão semântica e outros construídos sobre a intencional imprecisão, já que é útil e necessária a potencialidade (semântica) da vagueza justamente a fim de ser conferida tutela aos casos-limite⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Como bem observa Martins-Costa “...as práticas abusivas podem ser geradas também pela falta de informação do consumidor sobre produto ou serviço, ou pela informação deficiente ou errônea, pela agressividade dos métodos de venda, pela impossibilidade, para o aderente, de bem avaliar os riscos, fatores que, comumente, não se verificam numa relação em que os pólos contratuais estão em posição de relativo equilíbrio” (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 652).

⁸⁹⁷ Nesse sentido v. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Trbnais. 2012, p. 171.

⁸⁹⁸ O tema será retomado na Parte II, quando da análise acerca da cláusula geral de *proibição de vantagem excessiva* nas relações jurídicas de consumo (Capítulo 4, subitem 4.1).

⁸⁹⁹ O tema será analisado na sequência (Parte II, Capítulo 3).

⁹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 312.

Nesse sentido, o microsistema jurídico do CDC resulta de técnica legislativa que “...agrega ou combina normas semanticamente vagas com normas semanticamente cerradas e imperativas”⁹⁰¹. Vale dizer, o legislador do CDC combinou uma lista de *normas casuísticas* (com específica hipótese legal) com *normas abertas* (cláusulas gerais)⁹⁰², destacando-se, no caso das cláusulas gerais, aquela que, pelo alcance de sua interpretação, pode ser considerada a “cláusula fundamental de correção do abuso nas relações de consumo”: a cláusula geral de *proibição de vantagem excessiva*⁹⁰³. Antes, porém, de analisar a potencialidade dessa norma jurídica na correção das situações de abuso nas relações de consumo, impõe-se a análise prévia sobre o tema das cláusulas gerais, sua importância para a construção e funcionalidade do Direito do Consumidor enquanto parte integrante do contemporâneo direito privado brasileiro, compreendido como um sistema jurídico aberto. Esses pontos fundamentais, objetos da segunda e última Parte deste trabalho, serão apreciados nos Capítulos a seguir.

⁹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 641.

⁹⁰² Sobre a distinção entre normas casuísticas e cláusulas gerais, v. ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 228-234; *Idem*. **La idea de concrecion en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Trad. Juan Jose G. Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra. 1968, p. 179-180). Na doutrina brasileira, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, p. 05-22, julho-setembro de 1998, p. 07-08.

⁹⁰³ Como será visto na Parte II (Capítulo 4) a interpretação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva pelos critérios estabelecidos no CDC, art. 51, §1º permite sustentar a tese de que essa norma jurídica se direciona à proteção dos interesses mediata e imediatamente econômicos dos consumidores. Em outros termos, a “vantagem excessiva” não ofende apenas interesse patrimonial (ou imediatamente econômico), mas também interesse existencial (ou mediatamente econômico) do consumidor.

PARTE II – A CORREÇÃO DO DESEQUILÍBRIO EXCESSIVO NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO POR MEIO DA CLÁUSULA GERAL DE PROIBIÇÃO DE VANTAGEM EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CAPÍTULO 3 – O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO COMO UM SISTEMA JURÍDICO ABERTO E SUA FUNCIONALIDADE POR MEIO DAS CLÁUSULAS GERAIS

3.1. O sistema jurídico aberto e sua construção ao longo da Modernidade

Para que se possa realizar uma adequada análise sobre a técnica legislativa das cláusulas gerais no Direito Privado brasileiro – e, especificamente, no Direito do Consumidor – é necessário ter presente, em primeiro lugar, o que representa a compreensão do Direito enquanto *sistema*⁹⁰⁴, ainda que tal compreensão, pela natureza polissêmica do próprio vocábulo “sistema”⁹⁰⁵, imponha ao jurista necessário recorte histórico e cultural. Nesse sentido, e seguindo a proposta de Martins-Costa, importa precisar, desde logo, que a noção de *sistema jurídico*, para os contornos desta pesquisa, é a que se vincula a determinada família jurídica – no caso, a família “romano-germânica” (ou sistema *civil law*) – sobretudo porque ela se identifica, a partir da Modernidade, com o “fenômeno da codificação” na Europa continental (Séculos XVIII e XIX) e, a partir deste, com a compreensão moderna do sistema jurídico, primeiramente como um sistema *fechado* (com pretensão de completude e avesso à pluralidade de fontes jurídicas, destacando-se a supremacia da atividade legislativa) e, posteriormente, como um sistema *aberto* (sem pretensão de completude e receptivo à pluralidade de fontes jurídicas, com destaque para a atividade judicial como complemento da atividade legislativa)⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Sobre o tema v., por todos: ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996 e; WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.

⁹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 112, outubro-dezembro de 1991, p. 14.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, p. 13-19. Como será visto na sequência, ambos os sistemas podem operar com a presença de códigos, porém de modos bastante distintos. Em defesa dessa compatibilidade entre código e sistema jurídico aberto, afirma Martins-Costa: “A ‘idade de descodificação’ se apresenta há algum tempo como uma fascinante tentação aos juristas. No entanto, é possível pensar na possibilidade de convivência harmônica – e, por suposto, dialética – entre a permanência dos códigos e um sistema jurídico ‘aberto’. Tal linha de raciocínio leva em conta o alerta da doutrina e mesma os reclamos da experiência prática, para o ‘efeito perverso’ que consistiria, caso afastados

Sobre a evolução da ideia de sistema jurídico na tradição romano-germânica é importante destacar dois aspectos que parecem relevantes: a) ela se desenvolveu em longo período histórico, abarcando a eras medieval, moderna e chegando, enfim, ao tempo presente (a era pós-moderna)⁹⁰⁷; b) ela se desenvolveu em “movimento pendular”, i. e., em oscilações históricas entre concepções “abertas” e “fechadas” de sistema⁹⁰⁸.

Sobre a concepção moderna de sistema jurídico é inegável que ela passa, sobretudo no campo do direito privado, pelo *fenômeno da codificação*⁹⁰⁹. Nesse sentido, ensina Martins-Costa que as primeiras codificações da era moderna

... representam a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade ou plenitude que, filosófica e metodologicamente adotam. Como consequência desta perspectiva, também a atividade interpretativa se ressentem, restando a jurisprudência remetida à estrita aplicação da lei, ou seja, à ideia de que ao juiz cabe apenas a tarefa de aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita: ‘que la loi soit claire, uniforme et précise: l’interpréter c’est presque toujours la corrompre’ afirmou Voltaire, expressando com vigor a ideia de plenitude do império da lei⁹¹⁰.

A existência das codificações privadas a partir dos Séculos XVIII e XIX justificou-se, no contexto histórico cultural do Estado Liberal de Direito⁹¹¹, pela necessidade de trazer unidade de tratamento jurídico infraconstitucional aos interesses privados da burguesia enquanto classe econômica e politicamente dominante, a quem se dirigiam, precisamente, os

os códigos, na própria perda de noção de sistema enquanto manifestação *de uma linha de continuidade histórica definida, no Direito, também em seu nível interno*” (*Ibidem*, p. 23-24).

⁹⁰⁷ A ausência da “era antiga” deve-se ao fato de que a cultura jurídica *romana* foi construída sem a preocupação teórica de compreender sistematicamente o direito produzido, pelo que se pode dizer que, neste sentido, o direito romano apresentou-se, sobretudo no campo do direito privado, de modo *assistemático*. Nesse sentido, v., por todos: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999, p. 32. Sobre a construção da ideia de sistema jurídico a partir da Alta Idade Média, v. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 15 *et seq.*

⁹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 112, outubro-dezembro de 1991, p. 15-19. Segundo Ávila, esse movimento pendular corresponderia, na história do pensamento jurídico, à predominância do raciocínio por *subsunção* (sistema jurídico fechado) ou do raciocínio jurídico por *concreção* (sistema aberto) (ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 415).

⁹⁰⁹ Sobre a relação entre sistema e codificação, v. PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 161-171.

⁹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 15-16.

⁹¹¹ Sobre o tema, v. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986, p. 315 *et seq.*

direitos fundamentais de primeira geração⁹¹². Com efeito, era imprescindível a ideia de um sistema capaz de assegurar níveis satisfatórios de previsibilidade e certeza na interpretação jurídica⁹¹³, razão pela qual o legislativo, enquanto representante da *volonté générale*, foi considerado o único poder autorizado a exprimir o direito “justo”⁹¹⁴ esvaziando-se, em contrapartida, a potencialidade do judiciário na interpretação jurídica⁹¹⁵.

Um projeto ambicioso como este não poderia, por óbvio, prescindir de sólida fundamentação filosófica a legitimar sua existência e, ao mesmo tempo, a metodologia empregada para a compreensão e interpretação do próprio sistema. Nesse sentido, foram as teses *jusracionalistas* que, fundamentadas numa concepção abstrata e formal de liberdade e igualdade entre os homens – inspirada na doutrina dos *direitos inatos (naturais)* da pessoa humana⁹¹⁶ – legitimaram, a partir do método dedutivo-axiomático próprio das ciências matemáticas⁹¹⁷, a construção das codificações modernas como expressões de um sistema jurídico *fechado*, porque pretensão à *plenitude*, i. e., a dar respostas a todas as situações e

⁹¹² Como ensina Novais “É para garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança da propriedade e das exigências de calculabilidade requeridas pelo funcionamento do sistema capitalista que se orienta o projecto de racionalização do Estado levado a cabo pela burguesia” (NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986, p. 316). Sobre o tema, v. ainda: PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. 1982, p. 27-33.

⁹¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 316.

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 337.

⁹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 112, outubro-dezembro de 1991, p. 16. Contudo, é importante frisar que essa tendência à supremacia do legislador sobre o magistrado verificou-se apenas na experiência jurídica da Europa continental (o sistema romano-germânico ou *civil law*) e em países que adotaram essa cultura jurídica como fonte para a produção do seu próprio direito (a exemplo do Brasil). Não se refletiu, portanto, na cultura jurídica anglo-saxã (ou sistema *common law*), presente em países como a Inglaterra e os Estados Unidos. Sobre o tema, v., por todos: PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 35.

⁹¹⁶ O estudo do movimento jusracionalista, pela extensão e complexidade que o caracterizam, transcende os limites desta pesquisa. Por oportuno, importa destacar que o termo “jusracionalismo”, como observa Wieacker “...não constitui senão um curto capítulo histórico das muito mais vastas manifestações do jusnaturalismo (...) uma tradição cultural que se mantém desde os inícios da filosofia helenística até à actualidade” (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 280). Para o brilhante professor alemão “Pode designar-se por época do jusracionalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (‘jusnaturalismo’), na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência directa sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa” (*Ibidem*, p. 279). Martins-Costa, por sua vez, ensina que “O jusracionalismo foi a forma ideológica adotada pelo humanismo ao transmutar os princípios do direito natural, conhecido no Ocidente pelo menos desde Aristóteles, assumindo-os como consubstanciais ao homem e à sociedade e mediando-os pelos critérios da *razão*, a qual teria a força de, por si e isoladamente, reformar o mundo” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé... cit.*, p. 136).

⁹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 142. Sobre o tema, v. ainda: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 31.

conflitos de interesse a partir da mera subsunção, pelo judiciário, das regras nele contidas⁹¹⁸. Com efeito, tais regras seriam necessariamente legítimas (justas), na medida em que estariam fundamentadas em *premissas* (conceitos, princípios) logicamente deduzidas pela razão, i. e., em *axiomas*⁹¹⁹ “...que não requerem demonstração justamente por serem ‘verdadeiras’ ou ‘inatas’, assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria”⁹²⁰. Em suma, pode-se dizer que

O Direito é aplicado, unicamente, por meio da lógica. Nesse tipo de pensamento, o sistema é um sistema *fechado* – cujo valor supremo é a coerência e a idéia de que toda a realidade está nele inserida – e *imóvel*, já que não permite a aplicação de outras disposições legais que não aquela que opera, perfeitamente, a subsunção⁹²¹.

O sistema jurídico moderno, enquanto sistema *fechado*, era marcado pela *identidade entre Direito e lei*, já que esta era a expressão da única fonte possível de produção jurídica, o legislativo⁹²². E o texto legal, por sua vez, deveria primar pela existência de “prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima”⁹²³ – aquilo que Engisch denominou de técnica legislativa *casuística*⁹²⁴ – a fim de assegurar, pela clareza e precisão da *fattispecie* e sua consequência jurídica, a interpretação e aplicação judiciais pelo método puramente lógico (axiomático-dedutivo)⁹²⁵, resultando, assim, na previsibilidade nas decisões judiciais, cujo

⁹¹⁸ Como bem observa Ávila “Nesse período, desenvolvem-se doutrinas em torno da completude do ordenamento jurídico. Todo o Direito estava, ou deveria estar, nos Códigos” (ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 416-419.

⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 416.

⁹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 144. Como observa a eminente jurista: “É porque o jusracionalismo é, ele próprio, um sistema fechado de verdades (isto é, certezas) da razão. Daí o objetivo, político e ideológico, que o levou a situar o direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, as quais, contrapostas ao direito vigente – costumeiro ou romanístico – apenas o validariam se evidenciada a concordância com esse e o direito natural, cujos postulados assume como internos, conaturais a uma ‘essência’ do próprio direito (*Ibidem*, p. 138-139).

⁹²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Op. cit.*, p. 423.

⁹²² Como ensina Novais “O Estado legislativo fundado no ‘império da lei’ pressupõe não só a clara distinção entre lei e a sua execução concreta ou aplicação particular, bem como o carácter soberano da função legislativa, traduzido quer na subordinação do executivo quer *na vinculação do poder judicial aos comandos da lei*” – grifou-se (NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986, p. 338-339).

⁹²³ ÁVILA, Humberto Bergmann, *Op. cit.*, p. 413.

⁹²⁴ ENGISCH, Karl. **La idea da concreción en el derecho y en la ciência jurídica actuales**. Trad. Juan José G. Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 180 *et seq. e*; *Idem* **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 228 *et seq.*

⁹²⁵ Sobre o raciocínio axiomático-dedutivo (ou puramente subsuntivo) e sua importância na modernidade jurídica, v. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 420.

conteúdo, como já observado, seria necessariamente legítimo (justo), uma vez que estaria fundamentado nos axiomas (conceitos, princípios gerais) deduzidos do próprio sistema⁹²⁶.

A noção jusracionalista de sistema, como observa Wieacker, teve uma influência global sobre toda a cultura jurídica moderna⁹²⁷, mas foi decisiva, sobretudo na França e na Alemanha, em dois aspectos: a) na construção da ciência jurídica do Século XIX⁹²⁸ e; b) na construção dos dois “paradigmas da codificação civil moderna”⁹²⁹. Sobre esses aspectos, porém, é importante destacar que o desenvolvimento científico e legislativo das experiências jurídicas francesa e alemã, não obstante o reconhecimento comum da ideia jusracionalista de sistema jurídico fechado⁹³⁰, ocorreu de modo bastante distinto⁹³¹.

⁹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 112, outubro-dezembro de 1991, p. 16.

⁹²⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 311. Com efeito, destaca o autor que mesmo países vinculados ao sistema *common law* (e. g. a Inglaterra e os Estados Unidos) também foram influenciados em sua formação histórica pelo jusracionalismo, embora tal influência não tenha resultado, como se sabe, no primado da lei sobre a jurisprudência (*Ibidem*, p. 314). Larenz, por sua vez, refere que “A ideia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina do Direito Natural” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 21).

⁹²⁸ Aqui, importa destacar, na experiência jurídica alemã, a pioneira obra de Savigny e sua “Escola Histórica do Direito” que, embora tenha se oposto às teses jusnaturalistas de fundamentação da ordem jurídica nos direitos naturais (a-históricos) e de identificação entre Direito e lei escrita, não chegou a se afastar de necessidade de sistematização do fenômeno jurídico, de modo que “...acentuou desde o o começo, ao lado do carácter ‘histórico’ e com idêntica importância, o carácter ‘filosófico’ ou sistemático da ciência do Direito – vindo a segui-lo, de resto, nesta elevada valoração do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 21). Sobre a Escola Histórica v. ainda: WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 475-491.

⁹²⁹ Sobre o tema v. LASSERRE-KIESOW, Valérie. **La technique législative**. Étude sur les Codes Civils Français et Allemand. Paris: LGDJ. 2002. Na doutrina brasileira, v. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 144-145.

⁹³⁰ Na experiência jurídica alemã, a influência do jusracionalismo quanto à necessidade de compreensão sistemática do Direito não passou despercebida mesmo na construção historicista de Savigny. Contudo, foi sobretudo pelo positivismo científico e formalista da “Jurisprudência dos Conceitos” que a construção sistemática jusracionalista ganhou maior força. Com efeito, foi a partir do “formalismo conceitual” que, segundo Wieacker, a ciência jurídica alemã firmou-se “...na perspectiva do direito do *positivismo científico*, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceber a valores ou objectivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 492). Tal configuração reafirmou a ideia de um sistema jurídico dotado de absoluta *auto-referência* (um sistema *interno, fechado* em si mesmo), própria das teses jusracionalistas. E as características desse sistema jurídico eram, então, as seguintes: “a) Uma dada ordem jurídica constitui um sistema fechado (i.e, autônomo e coerente) de instituições e normas e, por isso, independe da realidade social das relações da vida reguladas por essas instituições e normas (...) b) O sistema do positivismo científico é um sistema fechado; ele exige, de acordo com o seu próprio conceito, a *plenitude* [de modo que] Mesmo no caso de aparentes ‘lacunas de direito’ (...), o juiz não cria nenhum direito novo; onde ele, no entanto, parece ter que fazer isso, na verdade não faz mais do que desvelar a solução já latentemente contida no sistema” (*Ibidem*, p. 497-498). Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 33.

⁹³¹ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 11.

Martins-Costa, a propósito, observa que a experiência alemã, conhecendo a sistematização científica antes do fenômeno codificatório⁹³², conseguiu desenvolver “...um trabalho de maior densidade epistemológica do que aquele realizado pela Escola da Exegese”⁹³³. Vale dizer que o Código Civil alemão (BGB/1896) resultou, em larga medida, de um fecundo processo de construção científica do Direito⁹³⁴ que, ao longo do Século XIX, chegou a questionar os dogmas da plenitude da lei e da estrita vinculação do juiz ao texto legal⁹³⁵, de modo que, no final daquele século, foi possível construir uma codificação civil dotada de um significativo número de *cláusulas gerais* (*Generalklauseln*)⁹³⁶, técnica legislativa que representou, segundo Wieacker, verdadeira “concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes”⁹³⁷ e permitiu, já na primeira metade do Século XX⁹³⁸, o exercício de uma *abertura sistemática* – ou, como prefere Martins-Costa, de um “novo pensamento sistemático”⁹³⁹ – por meio da interpretação judicial⁹⁴⁰.

⁹³² Sobre o tema, v. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 524.

⁹³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 211. De fato, nota-se que o desenvolvimento da “Escola da Exegese” na França do Século XIX se deu após a entrada em vigor do *Code de Napoléon*, que data de 1804. Assim é que os postulados da Escola Exegética, não obstante a adesão a uma concepção fechada de sistema jurídico, se identificam menos com um positivismo científico – nos moldes daquele que se verificou na primeira etapa da ciência jurídica alemã – do que com um *positivismo legalista*, preocupado com a unificação do direito privado francês por meio da efetividade do próprio *Code*. Sobre a distinção entre positivismo científico e positivismo legalista, v. WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 493.

⁹³⁴ Sobre o tema, v. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 21 *et seq.* Na doutrina portuguesa v. ANTUNES VARELA, João de Matos. O movimento de descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 502-503.

⁹³⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 206. A propósito, observa Menke que “... há que se destacar também os movimentos havidos no direito alemão, ainda no decorrer do século XIX, que indagavam profundamente acerca da existência ou não de lacunas no direito positivo e do papel a ser desempenhado pelo juiz. Assim, a obra de Zitelmann, denominada de *Lacunas do direito*, já combatia a idéia de plenitude da legislação positiva, aconselhando-se a procurar-se fora da lei meios de métodos para o preenchimento de lacunas” (MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 11).

⁹³⁶ LUZATTI, Claudio. **La vaghezza delle norme**. Un’analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè. 1990, p. 305.

⁹³⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 546.

⁹³⁸ Sobre a importância das cláusulas gerais na Alemanha do período Pós-I Guerra Mundial v. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004, p. 546. Na doutrina brasileira v., por todos: MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 10-12.

⁹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 364-377. A eminente jurista sustenta que esse “novo pensamento sistemático”, potencializado pela aplicação das cláusulas gerais, resulta da necessária conjugação, pelo juiz, do pensamento *tópico* com o *sistemático*. Nesse sentido, na doutrina alemã, v., por todos: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 273-277.

3.2. As cláusulas gerais e sua importância na funcionalidade do contemporâneo direito privado brasileiro

3.2.1. O papel das cláusulas gerais na construção do direito privado contemporâneo

A opção pela técnica legislativa das cláusulas gerais em determinado sistema jurídico – com destaque, na experiência jurídica brasileira, para as contemporâneas codificações privadas como o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor – indica uma “decisão de *política legislativa*”⁹⁴¹ no sentido de permitir maior *intervenção judicial* na construção (e atualização) do sentido das normas (princípios e regras) componentes desse mesmo sistema⁹⁴². E esse é, com efeito, um ponto fundamental a destacar para a compreensão do direito privado como sistema jurídico *aberto (e móvel)*⁹⁴³ na família romano-germânica: o reconhecimento da atividade judicial (e também doutrinária⁹⁴⁴) como autêntica fonte de produção jurídica, em complemento à obra legislativa que, por natureza, caracteriza-se pela incompletude e transitoriedade de suas normas casuísticas diante dos novos fatos da vida social⁹⁴⁵. Como bem observa Ávila, trata-se de considerar a importante divisão da

⁹⁴⁰ Na verdade, cumpre observar que o *Code* (1804) também possuía – como possui até hoje – cláusulas gerais. Contudo, o excessivo apego da cultura jurídica francesa à doutrina da separação dos poderes e da estrita vinculação do juiz ao texto legal praticamente tornaram “letra morta” as cláusulas gerais existentes no Código francês ao longo do Século XIX. Ao contrário, a experiência jurídica alemã, por meio do seu Código Civil (BGB/1896), tornou-se paradigma da interpretação e aplicação das cláusulas gerais no Século XX. Sobre o tema, na doutrina brasileira, v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 291 – nota n. 66.

⁹⁴¹ Como observa Lasserre-Kiesow “Le binôme *politique législative/technique législative* rassemble en lui les deux éléments constitutifs fondamentaux de l’acte de légiférer. Tandis que la politique législative concernerait le débat au fond, la technique législative viendrait, dans un second moment, extérioriser la décision politique, lui Donner forme” (LASSERRE-KIESOW, Valérie. **La technique législative**. Étude sur les Codes Civils Français et Allemand. Paris: LGDJ. 2002, p. 02). Sobre o tema, v. ainda: ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 420.

⁹⁴² Com efeito, observa Menke que “... há uma relação direta entre a presença de cláusulas gerais em determinado ordenamento jurídico e o papel representado pelos juízes, no sentido de que, a partir de sua adoção, o magistrado terá um incremento na sua função de intervenção nos negócios jurídicos privados. Numa palavra, as cláusulas gerais colocam em ainda maior relevância o trabalho dos julgadores” (MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 11).

⁹⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 103-148.

⁹⁴⁴ MENKE, Fabiano. *Op. cit.*, p. 28.

⁹⁴⁵ Em outros termos, pode-se dizer que esse reconhecimento vem ao encontro do que Couto e Silva denominou “crise da teoria das fontes”, i. e., a crise da ideia de centralidade da lei como fonte de produção jurídica e, em consequência, da submissão quase absoluta da atividade judicial à obra legislativa (COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1976, p. 74 *et seq.*).

“...competência normativa entre o parlamento e aqueles que são chamados a concretizar as normas”⁹⁴⁶.

A incompletude é, na concepção aberta de sistema jurídico, um traço característico da obra legislativa no sentido da impossibilidade do legislador regular, pela técnica da casuística, todos os fatos da vida humana e social⁹⁴⁷. E ainda que o trabalho do legislador seja o mais exaustivo possível, a regulação casuística não consegue manter-se perene (atualizada), sobretudo no tempo histórico contemporâneo⁹⁴⁸, para disciplinar adequadamente os novos e velozes acontecimentos sociais, de modo a se concluir, com fundamento em Gadamer, que “A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação”⁹⁴⁹. Nesse sentido, uma concepção aberta de sistema jurídico reconhece a importância da interpretação judicial no processo de *construção do sentido e atualização* do texto legal⁹⁵⁰, a fim de que não seja sempre necessária a atividade legislativa para disciplinar, pela regulação casuística, novo conjunto de situações sociais⁹⁵¹. Enfim, esse processo opera, sobretudo no direito privado, por meio da *concreção* das cláusulas gerais⁹⁵², pois como bem observa Jorge Júnior

⁹⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 432.

⁹⁴⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 519.

⁹⁴⁸ Cf. análise da sociedade de consumo contemporânea (Parte I, Capítulo 1, subitem 1.1.1).

⁹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. V. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco. 2011, p. 433.

⁹⁵⁰ Sobre as insuficiências da interpretação jurídica tradicional e o papel contemporâneo do juiz na interpretação (e produção) do Direito, v. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXXI, 2005, p. 244-245.

⁹⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 432 e; MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 11.

⁹⁵² Sobre a interpretação jurídica pelo raciocínio por concreção (ou concretização), ensina Martins-Costa que “...a interpretação é hoje considerada, constitutivamente, *uma questão de normatividade*, sendo tida como ‘momento da concreta e problemático-decisória realização do direito’ (MARTINS-COSTA, Judith. *O método...* cit., p. 476. Sobre o tema, v. ainda: ENGISCH, Karl. **La idea da concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Trad. Juan José G. Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968 e; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996. Na doutrina brasileira, v., por todos: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 429 *et seq.*; MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 485-488 e; MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 19 *et seq.*

...se visualizarmos o ordenamento jurídico sob uma ótica *funcional*, dotado de *fins* perseguidos pelo Estado, em meio a uma sociedade em transformação, encontraremos o ambiente propício para a inserção de cláusulas gerais de modo a dotar o sistema jurídico da mobilidade necessária para enfrentar situações cambiantes⁹⁵³.

A importância das cláusulas gerais na promoção da festejada “abertura e mobilidade” do sistema jurídico privado⁹⁵⁴ é realidade incontestada, não sendo exagero a afirmação de Miragem, de que “Em boa parte, o estudo atual e dos rumos do direito privado brasileiro contemporâneo passa pela discussão sobre a interpretação e aplicação das cláusulas gerais”⁹⁵⁵. Nesse sentido, é necessário abordar alguns *tópicos gerais* acerca do tema para, posteriormente, situá-los no contexto específico do direito privado brasileiro em que se encontra o Código de Defesa do Consumidor e suas cláusulas gerais. São eles: a) a cláusula geral como *técnica legislativa* distinta da técnica casuística; b) a relação entre cláusulas gerais, *conceitos jurídicos indeterminados e princípios jurídicos*; e c) os *tipos* de cláusulas gerais.

Em relação ao primeiro tópico (a) pode-se dizer que a cláusula geral é uma *técnica legislativa* – i. e., um modo (ou método) de legislar⁹⁵⁶ - que, segundo Engisch, se diferencia da técnica *casuística*⁹⁵⁷, pela qual a linguagem normativa apresenta-se mais precisa (com clara delimitação da hipótese legal e sua consequência), o que possibilita a interpretação judicial por meio da *subsunção*⁹⁵⁸, resultando na menor exigência de valoração para a construção do

⁹⁵³ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 11-12.

⁹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado... cit., p. 06-11.

⁹⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 185.

⁹⁵⁶ Daí porque as cláusulas gerais, ao contrário dos princípios jurídicos, não podem ser implícitas, mas devem estar *expressas* no ordenamento jurídico. Sobre o tema, v. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 14.

⁹⁵⁷ Sobre o tema, na doutrina alemã v. ENGISCH, Karl. **La idea da concreción en el derecho y en la ciência jurídica actuales**. Trad. Juan José G. Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 180 e; *Idem*. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 228 *et. seq.* Na doutrina brasileira v., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 286-287. Com efeito, a linguagem normativa da técnica casuística produz o que Ávila denomina “prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima” (ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 413).

⁹⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 421-429.

fundamento das decisões judiciais⁹⁵⁹; na cláusula geral, ao contrário, a linguagem apresenta “textura aberta”⁹⁶⁰ – é intencionalmente *imprecisa (vaga)*⁹⁶¹ quanto à delimitação da hipótese legal e sua consequência – exigindo do juiz uma interpretação por *concreção*⁹⁶², que resulta em maior esforço intelectual, no sentido de construir, *a partir do caso concreto*⁹⁶³, a escolha da adequada valoração para a construção do fundamento de sua decisão⁹⁶⁴. Ocorre que a técnica legislativa das cláusulas gerais destina-se, sobretudo, à regulação dos chamados “casos-limite”, que são

...constituídos por *fattispecies* concretas sobre a qualificação das quais poderemos restar intrinsecamente incertos e em relação às quais poderemos não ter condições de dizer se correspondem ou não à *fattispecie* prevista na norma. Ocorre, aí, uma ‘incerteza intrínseca’, porque não são suficientes para removê-la nem uma prova plena dos fatos sobre os quais assenta a controvérsia, nem um aprofundado conhecimento do direito, nem uma perfeita padronização da linguagem jurídica⁹⁶⁵.

Sendo assim, cabe o julgador, diante do “caso-limite”, decidir a partir do método (ou raciocínio) da *concreção*, que “...consiste em um conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhes sentido diante do caso concreto, com base em valores sistemáticos e problemáticos”⁹⁶⁶, ou ainda

⁹⁵⁹ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 19. Segundo o autor, com fundamento em Hassemer, ocorre “... um ‘encurtamento das exigências de legitimação’ das sentenças judiciais” (*Ibidem*, p. 19).

⁹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXXI, 2005, p. 244. Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. ainda: MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 303.

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 311 *et seq.* Na doutrina italiana, v. LUZATTI, Claudio. **La vaghezza delle norme**. Un’analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè. 1990, p 279 *et seq.*

⁹⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 429-446; MENKE, Fabiano. *Op. cit.*, p. 19-29.

⁹⁶³ Segundo Ávila as cláusulas gerais podem ser chamadas *regras condicionadas*, na medida em que “...dependem do fato concreto para a determinação do seu conteúdo” (*Ibidem*, p. 432).

⁹⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 142. Sobre a necessidade de uma *fundamentação qualificada* do juiz como ônus imposto pelas cláusulas gerais v., na doutrina brasileira: MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 172-173 e 208-209 e; JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 119-122.

⁹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 312. Importa aqui destacar que a eminente jurista cita, como exemplo de caso-limite, a norma prevista no CDC, art. 51, IV, a respeito das situações nas quais os consumidores podem se encontrar em posição contratual de “desvantagem exagerada” diante dos fornecedores (*Ibidem*, p. 312). Como será visto na sequência (Capítulo 4, subitem 4.1.2) a posição contratual de “desvantagem exagerada” configura uma das hipóteses legais referentes à cláusula geral de “vantagem excessiva” no Código de Defesa do Consumidor.

⁹⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 448.

... [na] construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) *em sua correlação* com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas considerados relevantes para aquele caso⁹⁶⁷.

O exercício do raciocínio por concreção, representativo dessa maior abertura (e mobilidade) do sistema jurídico, não significa, por óbvio, absoluta discricionariedade na atividade interpretativa, pois sendo também um raciocínio *teleológico*⁹⁶⁸, vincula o juiz a determinados “critérios de valoração do caso concreto”⁹⁶⁹. Assim, a concreção deve *reenviar*⁹⁷⁰ o intérprete a elementos normativos que, expressando a própria racionalidade (e teleologia) do sistema jurídico, condicionam necessariamente os fundamentos de sua decisão, como os *princípios e direitos fundamentais*⁹⁷¹. A concreção das cláusulas gerais realiza, nesse aspecto, a chamada “mobilidade interna” do sistema⁹⁷².

Por outro lado, não se pode simplesmente “encaixar” os elementos normativos (premissa maior) na situação fática (premissa menor), mas, ao contrário, operar a valoração

⁹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 486.

⁹⁶⁸ Segundo Ávila, a importância do raciocínio teleológico no direito contemporâneo alcança também a interpretação/aplicação das normas casuísticas, i. e., deve ser observado também no raciocínio por subsunção que, por conseguinte, não pode mais ser apreciado apenas como raciocínio puramente lógico, a exemplo do que ocorreu no positivismo científico e legalista do Século XIX (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 424-425).

⁹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 10.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁹⁷¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 479). Nesse sentido é que se coloca, precisamente, a experiência jurídica alemã, como demonstra, segundo Heck, importante decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 89, 214(229, 233-234)) sobre a concreção judicial de cláusulas gerais para o controle do conteúdo contratual: “Quando os §§138 e 242 remetem, em geral, aos bons costumes, aos costumes de tráfego, assim como à boa-fé, eles pedem dos tribunais uma concretização pelo critério de concepções de valores que são, em primeiro lugar, determinadas pelas decisões de princípio da Constituição. Por isso, os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da Constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como ‘linhas diretivas’” (HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 29, janeiro-março de 1999, p.50-53). Nesse sentido, observa Barroso que as cláusulas gerais são categorias normativas pelas quais se realiza a “nova interpretação constitucional”, que pode ser compreendida a partir da obrigatoriedade de uma interpretação *conforme a Constituição*, justificada pela força normativa desta sobre toda a ordem jurídica (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXXI, 2005, p. 242-245). E Miragem, a propósito, reconhece que as cláusulas gerais representam “...veículo de valores e princípios jurídicos do ordenamento jurídico, provenientes da Constituição” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 209).

⁹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 341.

concreta daqueles elementos a partir das circunstâncias sociais que constituem o caso-limite⁹⁷³, a fim de realizar uma “ponderação justa do conjunto”⁹⁷⁴. Nesse sentido, a concreção das cláusulas gerais pode ainda *direcionar*⁹⁷⁵ o intérprete a elementos fáticos – originariamente metajurídicos ou “extralegislativos”⁹⁷⁶ (e.g. padrões objetivos de valores e comportamentos sociais)⁹⁷⁷ – que, pela interpretação/valoração concreta do caso, ingressam no sistema jurídico e podem operar neste uma “ressistematização”⁹⁷⁸, na medida em que passam a constituir, pela construção jurisprudencial, parte do significado do sistema legal no tocante à compreensão de certas situações ou institutos jurídicos⁹⁷⁹. Trata-se, aqui, da chamada “mobilidade externa” do sistema⁹⁸⁰.

Enfim, pode-se dizer que o cumprimento destes “critérios de valoração do caso concreto” realiza as *funções* das cláusulas gerais no sistema jurídico contemporâneo: a) função *individualizadora*, referente à valoração concreta para a adequada (justa) fundamentação e solução de determinado caso e; b) função *generalizadora*, no tocante à “ressistematização” operada pelo ingresso dos elementos “extralegislativos” no sistema legal⁹⁸¹. Ao realizar tais funções – sobretudo a que permite “mobilidade externa” ao sistema jurídico (função generalizadora) – a atividade judicial opera o que Larenz denominou “desenvolvimento do Direito superador da lei”⁹⁸², no sentido de que transcende a moldura legal, embora deva estar “...em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a ‘ordem de valores’ conforme à Constituição”⁹⁸³. E para, enfim, realizar essas funções, o juiz pode se valer, segundo Ávila, de cinco critérios (ou métodos) de aplicação: o grupo de casos;

⁹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 486.

⁹⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. V. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco. 2011, p. 433.

⁹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 10.

⁹⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 432.

⁹⁷⁷ Martins-Costa refere-se a “...variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social”, bem como a “diretivas econômicas, sociais e políticas” (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito... cit., p. 08 e 10).

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 10.

⁹⁷⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 588. Assume importância aqui a utilização do chamado “método do grupo de casos”. O tema será abordado na sequência.

⁹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 341.

⁹⁸¹ *Idem*. O Direito... cit., p. 10.

⁹⁸² LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 588 *et seq.*

⁹⁸³ *Ibidem*, p. 588.

a finalidade concreta da norma; o consenso; a pré-compreensão e a valoração judicial dos resultados da decisão⁹⁸⁴.

Com relação ao grupo de casos, observa Martins-Costa que as cláusulas gerais possibilitam, “...num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas *com alcance geral* pelo juiz”⁹⁸⁵ (grifou-se). Isso significa que a concreção das cláusulas gerais permite, com o desenvolvimento jurisprudencial, a criação de um “Direito Judicial”⁹⁸⁶ composto por catálogos de precedentes judiciais (o “grupo de casos”)⁹⁸⁷. Os precedentes, caracterizados pela identidade de fundamentação (*ratio decidendi*)⁹⁸⁸, estabelecem o *alcance geral* da “norma judicial” (o grupo de casos) e, nesse sentido, cada novo caso, uma vez comparado ao grupo já existente, deve ser simplesmente reconduzido a este se houver, entre ambos, uma “identidade fático-normativa”⁹⁸⁹.

Assim sendo, a aplicação das cláusulas gerais pelo recurso ao grupo de casos traz, segundo a doutrina, dois aspectos positivos: em primeiro lugar, permite a simplificação da função individualizadora da cláusula geral, dispensando-se o juiz de realizar nova fundamentação para o caso⁹⁹⁰; em segundo lugar, torna efetiva a função generalizadora da cláusula geral, pela possibilidade de construção dogmática de determinados institutos jurídicos no direito privado (como ocorreu, de modo pioneiro, na experiência jurídica

⁹⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 439-444. Sobre o tema, v. ainda MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 20-29.

⁹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 10.

⁹⁸⁶ A expressão é utilizada por Larenz (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 612).

⁹⁸⁷ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 22-29.

⁹⁸⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 610-611.

⁹⁸⁹ MENKE, Fabiano. *Op. cit.*, p. 22.

⁹⁹⁰ Assim, “Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas” (*Ibidem*, p. 22). Para Martins-Costa, a utilização do método do grupo de casos deve ser acolhida como forma de trazer maior segurança na interpretação do sentido e alcance das cláusulas gerais, elevando-se a interpretação constante no “catálogo de precedentes” à categoria de *norma geral* (MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 19 – nota 39).

alemã)⁹⁹¹. Contudo, importa observar que, mesmo no direito alemão, a adoção do grupo de casos nunca foi uma unanimidade⁹⁹², já que a “simplificação da função individualizadora” pode, na verdade, representar a substituição da concreção pela mera subsunção da “norma judicial” (o grupo de casos) ao caso particular, havendo o risco de esvaziamento da própria função individualizadora – a criação da solução justa *para determinado caso concreto*⁹⁹³ – em nome da segurança (previsibilidade) das decisões⁹⁹⁴.

Além disso, deve-se reconhecer que, enquanto “norma”, a interpretação acerca do grupo de casos também pode sofrer, ao longo do tempo, modificações a partir do surgimento de novo “caso-limite” cuja peculiaridade seja capaz de operar uma “ressistematização” no interior do próprio grupo⁹⁹⁵. Portanto – e considerando os riscos que uma “aplicação mecânica” pode acarretar para a justiça de cada caso particular e para a evolução da própria jurisprudência – parece correto o entendimento segundo o qual o grupo de casos, não obstante sua grande importância para a efetivação da “função generalizadora” das cláusulas gerais, não pode ser o único método de aplicação dessas normas abertas⁹⁹⁶. Consequentemente, o juiz não deve estar, ao menos no sistema romano-germânico, obrigatoriamente vinculado ao precedente judicial (grupo de casos)⁹⁹⁷, mas livre para realizar a valoração concreta do caso particular segundo os demais critérios (métodos) de aplicação⁹⁹⁸.

Nesse sentido, entende-se que a concreção judicial da cláusula geral na busca da justa solução para determinado caso (função individualizadora) deve ocorrer a partir de uma interpretação teleológica, i. e., de uma interpretação voltada para promoção da *finalidade*

⁹⁹¹ Como observa Menke, o método do grupo de casos (*Fallgruppenmethode*) foi utilizado, de forma pioneira, na Alemanha (MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 22) e, por meio dele, foi possível, como já observado (Parte I, Capítulo 2, subitem 2.2.2.3), a construção do instituto jurídico do *exercício inadmissível de direitos*, compreendido a partir de determinadas situações típicas (*venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque*) reconduzidas sistematicamente à cláusula geral de boa-fé objetiva (BGB, §242).

⁹⁹² *Ibidem*, p. 24-27.

⁹⁹³ Esse o motivo pelo qual Canaris identifica as cláusulas gerais como “pontos de erupção da equidade” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 142).

⁹⁹⁴ Como afirma Menke “Parece ter lugar uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos” (MENKE, Fabiano. *Op. cit.*, p. 22).

⁹⁹⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁹⁹⁶ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 442-443.

⁹⁹⁸ *Ibidem*, p. 439-444.

concreta da norma em determinado sistema (ou microssistema) jurídico⁹⁹⁹. Agindo desse modo o juiz estará se orientando também pelo critério do *consenso* que, não obstante o pluralismo cultural da sociedade contemporânea (pós-moderna)¹⁰⁰⁰, traduz a existência de um “fundo comum” de bens e valores juridicamente relevantes, como a valorização do regime democrático, a proteção da dignidade da pessoa humana e, de modo especial, dos vulneráveis¹⁰⁰¹.

Além desses critérios, assume importância o critério da *pré-compreensão*¹⁰⁰². Ocorre que o raciocínio por concreção, por não ser puramente lógico (axiomático-dedutivo), envolve também “componentes que não estão pré-qualificados sistematicamente, mas que são, limitadamente, qualificados pelo próprio aplicador”¹⁰⁰³. Assim, a pré-compreensão representa, segundo Menke, o “elemento subjetivo prévio do aplicador”¹⁰⁰⁴, sua própria visão acerca da realidade social da qual emergiu o vínculo jurídico¹⁰⁰⁵ e, conseqüentemente, sua margem de valoração pessoal a respeito dessa realidade¹⁰⁰⁶. Por fim, há ainda o critério da *valoração judicial dos resultados da decisão*¹⁰⁰⁷: é importante que o juiz seja capaz de ponderar sobre a eficácia de sua decisão, i. e., sobre qual, dentre os possíveis resultados (efeitos) da decisão judicial, revela-se o mais adequado para a promoção da justa solução para o caso¹⁰⁰⁸.

Vencidos os aspectos fundamentais do primeiro tópico geral sobre a importância das cláusulas gerais para o sistema jurídico aberto (e móvel) – as cláusulas gerais como *técnica legislativa* (a) – passa-se agora ao segundo tópico, acerca da relação entre cláusulas gerais,

⁹⁹⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 439. No que se refere às cláusulas gerais do Direito do Consumidor, sua finalidade é realizar a proteção da categoria social vulnerável nas relações de consumo segundo os valores e princípios que fundamentam o microssistema jurídico do CDC (dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, proporcionalidade, defesa do consumidor e proteção da confiança).

¹⁰⁰⁰ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.1).

¹⁰⁰¹ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 21-22.

¹⁰⁰² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 439-440.

¹⁰⁰³ *Ibidem*, p. 440.

¹⁰⁰⁴ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 21.

¹⁰⁰⁵ No caso do vínculo jurídico *de consumo*, trata-se da realidade social apresentada como *sociedade de consumo contemporânea* (Cf. Parte I, Capítulo 1, subitem 1.1.1).

¹⁰⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 439-440. Sobre a “pré-compreensão” do intérprete na tarefa hermenêutica, v. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. V. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco. 2011, p. 354 *et. seq.*

¹⁰⁰⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 440-441.

¹⁰⁰⁸ Na hipótese de exercício abusivo da posição dominante nas relações de consumo, p. ex., parece oportuno ponderar – sobretudo quando tal exercício resulta em dano extrapatrimonial (dano físico ou moral) ao consumidor – a respeito da possibilidade de aplicação da *indenização punitiva* ao fornecedor.

conceitos jurídicos indeterminados e princípios jurídicos (b). Sobre a relação entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, pode-se dizer que estes representam o elemento fundamental do enunciado daquelas. Em outras palavras, o que caracteriza determinada norma jurídica como “cláusula geral” é o fato de que a vagueza semântica presente em seu enunciado resulta de uma espécie de conceito jurídico indeterminado que, segundo Engisch, pode ser compreendido como conceito *normativo stricto sensu*¹⁰⁰⁹, i. e., um conceito normativo – porque “elemento constitutivo de uma norma jurídica”¹⁰¹⁰ – que não se refere apenas a uma realidade fática¹⁰¹¹, sendo necessário, para sua concreção, uma referência a valores¹⁰¹². Nesse sentido é que se deve entender a vagueza semântica presente no enunciado das cláusulas gerais como uma “vagueza socialmente típica”, que “esprime un concetto valutativo i cui criteri applicativi non sono *neppure parzialmente* determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili parametri di giudizio e alle mutevoli tipologie della morale sociale e del costume”¹⁰¹³.

A relação entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados *referentes a valores* suscita, porém, divergência doutrinária que não pode ser ignorada¹⁰¹⁴, de modo que, segundo Martins-Costa, “...o exame da estrutura das cláusulas gerais importa numa tomada de posição”¹⁰¹⁵. Trata-se, em essência, de admitir ou refutar a tese segundo a qual toda norma que contém um conceito jurídico indeterminado referente a valores – e que não seja um princípio jurídico – deve ser compreendida como cláusula geral. No cerne da divergência está a compreensão acerca da estrutura lógica da cláusula geral, pois há, de um lado, os que sustentam haver cláusula geral apenas quando a norma enuncia a hipótese legal (a

¹⁰⁰⁹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 211.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, p. 211.

¹⁰¹¹ Engisch reconhece que os chamados conceitos indeterminados “descritivos” – referentes à descrição de “objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade” – são também normativos quando surgem como “elemento constitutivo de uma norma jurídica” (*Ibidem*, p. 210-211). Segundo Martins-Costa, podem ser citados como exemplos desses conceitos os de “animais bravios”, “lugar de acesso perigoso ou difícil” etc. (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 325).

¹⁰¹² Segundo Engisch, tal referência significa “a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito jurídico às específicas ideias valorativas do Direito” (*Ibidem*, p. 211). Na doutrina brasileira, v. MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 325 *et seq* e; MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 15.

¹⁰¹³ LUZATTI, Claudio. **La vaguezza delle norme**. Un’analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè. 1990, p. 302-303. Para o jurista italiano a vagueza socialmente típica distingue-se da “vagueza comum”, própria aos conceitos normativos “descritivos” (Engisch), já que se refere a um “concetto all’esperienza” (*Ibidem*, p. 303).

¹⁰¹⁴ MENKE, Fabiano. *Op. cit.*, p. 15-17.

¹⁰¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 09.

“*fattispecie*”) sem associá-la a uma específica consequência jurídica, devendo esta ser construída, no caso concreto, pela atividade judicial¹⁰¹⁶. Se aceita essa posição, normas como a do art. 51, IV do CDC – que estabelece específica consequência jurídica (a *nulidade*) para as cláusulas contratuais que “coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé” - não podem ser compreendidas como cláusulas gerais, mas tão somente como conceitos jurídicos indeterminados¹⁰¹⁷.

Por outro lado, há os que entendem ser fator decisivo para a configuração de uma norma como cláusula geral não a ausência de específica consequência jurídica em seu enunciado, mas a finalidade que essa norma assume no sistema jurídico¹⁰¹⁸, de permitir, pela concreção judicial, a justa solução para determinado caso não regulado pela técnica legislativa casuística, possibilitando ainda, pela ressystematização operada pelo ingresso de elementos metajurídicos no sistema legal, um “desenvolvimento do Direito superador da lei”¹⁰¹⁹. Nesse sentido, é fundamental a lição da Engisch, segundo a qual “as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria”¹⁰²⁰. Isso significa que a existência de específica consequência jurídica no enunciado da norma é irrelevante, sendo imprescindível apenas a presença do conceito indeterminado *referente a valores* cuja concreção pode conduzir, mesmo em situações em que o legislador estabeleceu aquela consequência, solução diversa que se revele, pela concreta valoração judicial, mais adequada para o caso¹⁰²¹. Aqui, um bom exemplo parece ser o da cláusula geral que estabelece a

¹⁰¹⁶ Na doutrina brasileira, filiam-se a esse entendimento Judith Martins-Costa e Nelson Nery Júnior. Sobre a posição destes autores v. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 325-328 e NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 197-200.

¹⁰¹⁷ Martins-Costa, sobre a citada norma do CDC, sustenta que “...está posta a hipótese legal da nulificação de cláusula contratual, por ato judicial. No caso concreto, o juiz deverá precisar o que a sociedade onde vive tem para si como “incompatibilidade com a boa-fé”, tarefa eminentemente hermenêutica. Essa valoração determinará sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente de aplicar a norma, havendo como consequência jurídica a nulidade da disposição contratual. A solução não é, pois, criada pelo juiz, estando pré-configurada na lei: o que ocorre, é, tão-somente, um preenchimento do significado do conceito de ‘boa-fé’ pelo julgador” (*Ibidem*, p. 327-328).

¹⁰¹⁸ Na doutrina brasileira, filia-se a esse entendimento Claudia Lima Marques (MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro de 2002, p. 228-232).

¹⁰¹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 588.

¹⁰²⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 233.

¹⁰²¹ A propósito, ensina o mestre germânico que “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica” (ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 233).

modificação/revisão como específica consequência jurídica para as hipóteses de cláusulas leoninas (a “lesão enorme”) ou onerosidade excessiva superveniente nos contratos de consumo (CDC, art. 6º, V). Embora seja esta a consequência prevista no enunciado da cláusula geral é possível que seja outra a solução (*e. g.* a *nulidade* do contrato/cláusula leonina ou a *resolução* pela onerosidade superveniente) se, pela concreção judicial, mostrar-se mais adequada para a composição dos interesses e, sobretudo, a proteção do interesse econômico do consumidor¹⁰²².

Enfim, essa parece ser a posição mais adequada, de modo que se deve dar razão a Marques quando afirma, com fundamento na experiência jurídica alemã, que

...se a previsão de consequência jurídica serve para determinar o conceito indeterminado, sua presença em uma norma não tem o condão de excluir a possibilidade de esta ser também uma cláusula geral e nem retira do juiz toda a função ativa de preencher o conceito indeterminado (...) Sendo assim, não se pode afirmar que uma norma contendo um conceito indeterminado (como o art. 51, IV, do CDC ou o §138 ou o §826 do BGB), por indicar a nulidade (§138 do BGB) ou a indenização (§826 do BGB) como sanção, jamais poderiam ser cláusula geral; ao contrário, a evolução da jurisprudência comprovou que, muitas vezes, são as mais importantes e eficientes das cláusulas gerais! (...) Em outras palavras, o que os mestres germânicos afirmam é que uma norma pode ser, na sua hipótese legal (*Tatbestand*) ou em parte, uma cláusula geral (conceito multi-significativo, para a concreção do juiz) e ao mesmo tempo ser um conceito indeterminado, pois traz uma solução fechada (nulidade, por exemplo, a de bons costumes do §138 do BGB) ou aberta (indenização, por exemplo, a do §826 do BGB)¹⁰²³.

Sobre a relação entre cláusulas gerais e *princípios jurídicos*, pode-se dizer que se a abertura da linguagem – ou a “vagueza semântica” – constitui ponto comum entre essas espécies de normas¹⁰²⁴, distinguem-se, em primeiro lugar, pela *necessidade de posituação legal* (presente nas cláusulas gerais que, como técnica legislativa, são necessariamente expressas; ausente nos princípios que podem ser expressos ou implícitos)¹⁰²⁵; em segundo

¹⁰²² Há, porém, que se questionar a respeito da possibilidade de convalidar, pela “modificação judicial” (CDC, art. 6º, V), uma cláusula contratual que padece de *nulidade absoluta* (CDC, art. 51, *caput*). Nesse sentido, v. a proposta de Marques acerca de uma “interpretação integrativa” do contrato (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 912). O tema será retomado no Capítulo seguinte (subitem 4.2.3).

¹⁰²³ *Idem*. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro de 2002, p. 230-231.

¹⁰²⁴ Segundo Martins-Costa, é importante destacar que a vagueza semântica presente no enunciado das cláusulas gerais – justificada, como visto, pela existência de um conceito indeterminado referente à valores – também se encontra presente nos *princípios jurídicos*, expressos ou implícitos, no sistema jurídico. Vale dizer que a técnica legislativa das cláusulas gerais é semelhante a dos princípios que surgem expressos na Constituição e legislação infraconstitucional e opõe-se, em ambos os casos, a técnica legislativa *casuística* (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 303).

¹⁰²⁵ *Ibidem*, p. 319. Sobre o tema v. ainda: MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, abril-junho de 2004, p. 14.

lugar, pela *abrangência valorativa* e modo como *operam* no sistema jurídico¹⁰²⁶. Sobre esses últimos critérios, ensina Ávila que

...os princípios referem-se a valores fundantes do ordenamento jurídico e, nesse sentido, operam em um campo que abrange as cláusulas gerais que devem adequar-se ao seu conteúdo. As cláusulas gerais, no que se refere ao campo normativo de atuação, situam-se no meio caminho, entre as regras e os princípios. O elemento diferenciador fundamental entre as duas categorias é sua *forma operativa* no processo de aplicação: os princípios atuam sobre uma grande parte das normas do sistema, para dar-lhes sentido e fundamento, *determinando-lhes o valor*; as cláusulas gerais que operam em campo mais restrito são instrumentos de atuação dos valores normativos concretos, em algum período histórico delimitado, em razão dos quais são também *determinados os efeitos jurídicos*¹⁰²⁷.

Por fim, o terceiro e último tópico geral sobre a importância das cláusulas gerais para o sistema jurídico aberto (e móvel) diz respeito aos *tipos* de cláusulas gerais (c). Sobre o tema, merece integral transcrição a doutrina de Martins-Costa:

... as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de *tipo restritivo*, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de *tipo regulativo*, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas em lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de *tipo extensivo*, caso em que servem para ampliar determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária¹⁰²⁸.

Analisada a importância das cláusulas gerais na construção do direito privado contemporâneo, passa-se, na sequência, à análise de sua importância para o contemporâneo

¹⁰²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: Ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 434.

¹⁰²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 434. Nesse sentido, entende-se porque “...as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os *contenham*, em seu enunciado, ou *permitam a sua formulação*” (MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 316. Exemplo significativo é a cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, art. 422), cujo enunciado contém o *princípio* da boa-fé objetiva. Com efeito, antes de seu expresso reconhecimento no enunciado de uma cláusula geral – a exemplo do conhecido §242 do Código Civil Alemão (BGB) - esse princípio já era reconhecido na experiência jurídica brasileira anterior ao CDC e ao Código Civil de 2002 como princípio geral (implícito) do sistema jurídico. Sobre o tema, v., por todos: COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, p. 30.

¹⁰²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 09 e; *Idem*. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 295.

direito privado brasileiro, com destaque para sua codificação geral (Código Civil de 2002) e especial (Código de Defesa do Consumidor).

3.2.2. Cláusulas gerais e a sua importância nas contemporâneas codificações privadas brasileiras (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor)

Da análise supra (3.2.1), é possível notar a importância das cláusulas gerais para a superação de um direito privado representativo da ideia de sistema jurídico fechado, i. e., um sistema com pretensão de completude e avesso à pluralidade de fontes jurídicas, identificando-se o Direito, sobretudo com o conjunto de normas legais produzidas pela técnica casuística. Na experiência jurídica brasileira, o Código Civil de 1916 representou a expressão desse sistema fechado de direito privado, influenciado por ideias do positivismo reinante na experiência jurídico-continental europeia do Século XIX, como as da plenitude da lei e sua aplicação judicial pelo método axiomático-dedutivo (subsunção pura) – levado às últimas consequências pela escola exegética francesa – e da codificação civil como instrumento necessário à construção e manutenção de uma unidade nacional¹⁰²⁹. Nesse sistema, pouco espaço foi reservado às cláusulas gerais, preferindo-se, em larga medida, a aplicação da lei pela técnica casuística¹⁰³⁰. Assim, pode-se dizer que a exemplo do que ocorreu com o *Code* e demais codificações europeias por este influenciadas o Código de 1916 assumiu, no contexto

¹⁰²⁹ Segundo Couto e Silva, a influência dessas ideias positivistas na elaboração e aplicação do Código civil de 1916 foi ainda reforçada pelo “centralismo” que a ordem estatal portuguesa (as “Ordenações do Reino”) exerceu, desde o descobrimento até a edição da codificação brasileira, no direito privado brasileiro (COUTO E SILVA, Clóvis V. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 40, julho de 1987, p. 137). Sobre o tema, v. ainda: MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé... cit., p. 163-246.

¹⁰³⁰ Em importante trabalho a respeito das influências que o BGB/1896 exerceu sobre o Código Civil de 1916, observa Marques que apesar de ter sido elaborado no mesmo período histórico-cultural do BGB, o Código brasileiro não apresentou, com a mesma intensidade do Código alemão, a técnica legislativa das cláusulas gerais, a exemplo das cláusulas de *bons costumes* (§138) e de boa-fé (§242) que permitiram, sobretudo esta última, o sistematização do instituto do “exercício inadmissível de direitos” (abuso do direito) na experiência jurídica alemã. Contudo, destaca a eminente jurista que foi decisiva para o desenvolvimento da responsabilidade civil extracontratual subjetiva no direito brasileiro a cláusula geral prevista no art. 159 do Código Civil de 1916. Curiosamente, destaca Marques que a norma brasileira não adotou o modelo seguido pelo BGB (§ 823), mas seguiu a experiência jurídica francesa (MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 741, julho de 1997, p. 30-31). Aguiar Júnior, por sua vez, destaca, além do art. 159, também os arts. 924 e 964 como importantes cláusulas gerais no Código de 1916 (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 58).

ideológico do Estado Liberal de Direito¹⁰³¹, papel de absoluta *centralidade* (formal e axiológica) no moderno direito privado brasileiro, desvinculado, no campo hermenêutico, da ordem constitucional¹⁰³².

O Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor constituem, ao contrário, expressões de um sistema jurídico pretense a uma abertura (e mobilidade) sistemática¹⁰³³. Contudo, pode-se dizer que essa característica, ao menos na experiência jurídica contemporânea (pós-moderna), não deve ser atribuída unicamente ao fato de que tais leis possuem cláusulas gerais – pois o Código Civil de 1916, típica codificação moderna, também contemplava essa técnica legislativa (art. 159)¹⁰³⁴ – mas, principalmente, ao fato de que se vinculam a uma dada concepção *material* (axiológica) de direito privado, construída ao longo do Século XX¹⁰³⁵. Uma concepção que reconheceu, por meio das experiências de “publicização” e “descodificação” do direito privado¹⁰³⁶, a incapacidade da codificação moderna, com sua plenitude normativa e centralidade axiológica, dar respostas satisfatórias à

¹⁰³¹ Sobre o tema v., por todos: NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, 1986, p. 299 *et seq.*

¹⁰³² A propósito, ensina Barroso que “No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a ‘Constituição do direito privado’. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXXI, 2005, p. 264).

¹⁰³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 55.

¹⁰³⁴ MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 741, julho de 1997, p. 30-31.

¹⁰³⁵ Fala-se, assim, numa “aproximação principiológica” entre o Código Civil de 2002 e o CDC. A propósito, estabelece o Enunciado n. 167, da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 46).

¹⁰³⁶ Segundo Barroso a experiência de *publicização do direito privado* corresponde à segunda configuração do Estado Constitucional de Direito (o Estado Social), quando o Estado abandona a postura não intervencionista nas relações privadas, sobretudo a partir das Constituições produzidas na primeira metade do Século XX, instaurando, nessas relações, um ‘dirigismo contratual’ (*Ibidem*, p. 265). Concomitantemente, o surgimento de legislações especiais para regular campos de vida privada abrangidos pelo Código Civil demonstra a desconformidade do Código de 1916 com a nova realidade da sociedade brasileira que, a partir da década de 30, inicia gradual processo de urbanização e industrialização. Trata-se do movimento de *descodificação do direito privado* (*Ibidem*, p. 259). Sobre o tema, em perspectiva geral, v., por todos: IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. Milano: Giuffrè. 1979, p. 33 *et seq.* e; ANTUNES VARELA, João de Matos. O movimento de descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 499-531; LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 45.

complexidade da vida contemporânea. Com efeito, essas transformações não resultaram no desprezo pelo fenômeno codificatório, mas apenas no abandono da concepção “total ou totalizante” de código¹⁰³⁷.

Em outros termos, pode-se dizer que o contemporâneo direito privado brasileiro passa por um fenômeno de “*recodificação*”, que parece conservar ao menos uma ideia típica da modernidade jurídica: a de que a existência de um código (ou códigos) é importante para promover a necessária sistematicidade – técnica e científica – do direito privado¹⁰³⁸. De resto, é claro o rompimento com a ideia de que o exercício dessa função de sistematicidade pressupõe um modelo de código axiologicamente auto-referente e dotado de plenitude normativa. Como resultado, o fenômeno de recodificação valoriza uma nova concepção de código: a) cuja função de sistematicidade desvincula-se do antigo papel de centralidade (formal e axiológica), agora orientado pelo paradigma de “constitucionalização do direito”, i. e., pela força normativa da Constituição (com destaque para a eficácia dos *princípios e direitos fundamentais da pessoa humana*)¹⁰³⁹ e; b) cujo conteúdo, dotado de importantes cláusulas gerais¹⁰⁴⁰, possibilita a abertura e mobilidade intra e extra-sistemática¹⁰⁴¹.

No caso do Direito do Consumidor, é perceptível a ideia de recodificação na opção do constituinte brasileiro por um *Código* de proteção dos consumidores (ADCT, art. 48). Com efeito, a sistematicidade desse campo especial do direito privado brasileiro passa pela existência e efetividade do CDC, cujas normas devem se sobrepôr às “especializações

¹⁰³⁷ A expressão “código total ou totalizante” é empregada por Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 06). A propósito, observa a eminente jurista que “...se falta sentido hoje a esse modelo de Código [o ‘código total’ próprio ao sistema fechado de direito privado] isso não significa que *nenhum modelo de código* possa regular as relações jurídicas da vida privada” (*Ibidem*, p. 06).

¹⁰³⁸ Para Martins-Costa esse referencial de sistematicidade do direito privado contemporâneo deve ser necessariamente o Código Civil (MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 06). Junqueira de Azevedo, apesar de concordar com a importância do código como referencial de sistematicidade, entende que o direito privado contemporâneo (pós moderno) deveria substituir o referencial centrado em um único código geral (o Código Civil), pela pluralidade de referenciais, cada um no seu campo específico de incidência, como o “Código das Obrigações”, o “Código de Família”, o “Código dos Direitos da Personalidade” etc. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 33, janeiro-março de 2000, p. 128).

¹⁰³⁹ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁰⁴⁰ No Código Civil de 2002, além da cláusula geral de abuso do direito (CC, art. 187) há ainda grande número de cláusulas gerais como, p. ex.: a cláusula que veda o *enriquecimento sem causa* (CC, art. 884); a que define o ato ilícito como lesão a *dano moral* (CC, art. 186); a que estabelece os critérios gerais para a imputação de responsabilidade civil *objetiva* (CC, art. 927, parágrafo único); a que estabelece a *comunhão plena de vida* como base da relação conjugal (CC, art. 1.511) etc. Para um exame de algumas dessas cláusulas gerais, na doutrina brasileira, v. JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 82 *et seq.*

¹⁰⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 341.

normativas”¹⁰⁴² quando estas conflitarem com as primeiras¹⁰⁴³. Contudo, a razão dessa prevalência não está no próprio CDC, mas na Constituição Federal, já que o Código se destina, sistemática e axiologicamente, a concretizar específico *direito fundamental* da pessoa humana (CF, art. 5º, XXXII) – bem como os demais *princípios constitucionais* que fundamentam a efetividade de todo o sistema jurídico de proteção desse direito¹⁰⁴⁴ - no que ganha em importância a “mobilidade intra-sistemática” produzida pelas cláusulas gerais¹⁰⁴⁵. A propósito, é bastante oportuna a observação de Miragem:

Em grande medida, o papel das Cortes civis no Brasil deve-se às peculiaridades do nosso sistema judicial, que não permite o recurso direto à jurisdição da Corte constitucional em litígios envolvendo a disputa de interesses das partes. Entretanto, os princípios ou valores constitucionais, no sistema desenvolvido pela Constituição da República são considerados na aplicação das normas de Direito Privado, seja no exame de sua adequação, ou na consideração para o fim de preencher seu significado, o que se vai observar, sobretudo, em relação à interpretação e concreção do significado das cláusulas gerais¹⁰⁴⁶.

Portanto, dizer que o CDC compõe o atual direito privado brasileiro enquanto realidade marcada pela necessária abertura (e mobilidade) sistemática significa reconhecer que após duas décadas de vigência dessa lei a interpretação de suas cláusulas gerais, justamente porque permite a aplicação do Código a situações não reguladas casuisticamente pelo legislador e promove o ingresso (eficácia) dos princípios e direitos fundamentais no âmbito das Cortes civis, continua sendo necessária para garantir a efetividade do Direito do

¹⁰⁴² No mercado de consumo é significativo esse fenômeno de especialização normativa, que significa a existência de uma abundante produção de normas legais e infralegais (decretos, portarias, resoluções etc.) sobre os mais variados setores do fornecimento de produtos e serviços, como o setor bancário, de seguros, de telecomunicações, de planos de saúde, de energia elétrica etc.

¹⁰⁴³ Um bom exemplo dessa prevalência do CDC sobre as especializações normativas (e, em princípio, sobre o próprio Código Civil) é apresentado por Rizzatto Nunes: “Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóveis continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentam o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras de lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito” (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 66).

¹⁰⁴⁴ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.2.2). Como ensina Lorenzetti “A incorporação da figura do consumidor no âmbito constitucional lhe confere uma posição central no sistema, permitindo a derivação direta de direitos por meio de normas constitucionais consideradas auto-aplicáveis” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 384). Segundo Rizzatto Nunes essa característica marcante do CDC revela sua natureza de “lei principiológica” (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Op. cit.*, p. 65).

¹⁰⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 341. A importância da mobilidade “intra-sistemática” por meio da concreção judicial da cláusula geral de vantagem excessiva será apreciada no Capítulo seguinte (subitem 4.2.1), quando na análise do art. 51, §1º, I do CDC.

¹⁰⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 130.

Consumidor no Século XXI, sobretudo na correção do desequilíbrio excessivo por exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores¹⁰⁴⁷.

No CDC é possível encontrar um significativo número de cláusulas gerais, destacando-se, no presente trabalho, as que assumem uma tipologia *restritiva*¹⁰⁴⁸, incidindo sobre o exercício abusivo da posição mercadológica dos fornecedores. Antes, porém, de examinar aquela que se entende ser a cláusula “nuclear” (fundamental) de correção do abuso nas relações de consumo – a cláusula geral de *proibição de vantagem excessiva* (CDC, art. 39, V c/c e 51, IV e §1º) – cumpre destacar o papel exercido por outras importantes cláusulas gerais no microsistema consumerista.

O art. 7º, *caput* do CDC configura cláusula *extensiva*, pois, por meio dela, é possível “ampliar determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos”¹⁰⁴⁹. Com efeito, trata-se de expressa autorização ao exercício da “mobilidade intra-sistemática” do Código – sua abertura em relação a outras normas do sistema jurídico brasileiro (inclusive as de fonte internacional)¹⁰⁵⁰ – orientada pelos princípios fundamentais do Direito do Consumidor¹⁰⁵¹ que, em última instância, impõem uma interpretação direcionada à máxima eficácia do mandamento constitucional (direito fundamental) de proteção dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII), i. e., uma interpretação que resulte na aplicação da *norma mais favorável à efetividade dos direitos dos consumidores*¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ Nesse aspecto, a importante reflexão de Marques e Miragem a respeito do “Futuro da proteção dos vulneráveis pelo direito privado” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 178 *et seq.*).

¹⁰⁴⁸ Relembrando a classificação apresentada por Martins-Costa as cláusulas gerais de tipo *restritivo* são as que “... delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 09).

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p. 295.

¹⁰⁵⁰ Destaque para a importância do art. 7º, *caput* do CDC na aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou *Pacto de San José da Costa Rica/1969*) aos consumidores inadimplentes. Sobre o tema, v. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 222-223.

¹⁰⁵¹ Cf. a análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.2.2).

¹⁰⁵² Como ensina Marques “O CDC é um sistema permeável, não exaustivo, daí determinar o art. 7º que se utilize a norma mais favorável ao consumidor, encontre-se ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado do sistema de direito brasileiro (...) O texto do art. 7º, *caput*, é claro, não reivindicando para o CDC a exclusividade dos ‘direitos’ concedidos ao consumidor, mas assegurando – *a contrário* – a prioridade do CDC e dos seus direitos assegurados no microsistema tutelar. É outra a posição se o tratado, a lei ou regulamento retira, limita ou impõe a renúncia aos direitos, que o sistema do CDC assegura ao consumidor. Neste caso, a aplicação do CDC será determinada por constituir-se no corpo de normas que assegura, segundo os novos parâmetros e valores orientadores, eficácia ao mandamento constitucional de proteção do consumidor. Assegura-se, em última

Nesse sentido, importa observar que o exercício dessa “mobilidade intra-sistemática” do CDC, considerando o pluralismo jurídico existente na sociedade contemporânea¹⁰⁵³, deve privilegiar o emprego do *diálogo das fontes*¹⁰⁵⁴, método hermenêutico baseado na coexistência e aplicação simultânea e coordenada das diversas fontes legislativas – com distintos, porém complementares, campos de incidência – orientadas pelos valores e normas constitucionais¹⁰⁵⁵. Trata-se, segundo Miragem, de um método de interpretação *sistemática* que não se confunde com a interpretação sistemática tradicional¹⁰⁵⁶, apegada à ideia de que a superação de antinomias jurídicas se faz, necessariamente, pelo recurso à derrogação normativa¹⁰⁵⁷. Ao contrário, o diálogo das fontes

...não se ocupa apenas da interpretação da norma, mas especialmente do resultado de sua aplicação. Para tanto substitui o fenômeno da derrogação pelo da complementaridade, permitindo e coordenando a aplicação simultânea, ou justificando a aplicação de uma em detrimento de outra, a partir dos fundamentos valorativos fundados na Constituição Federal. Assim, por exemplo, se opera a unidade do direito privado e seus distintos sistemas normativos, reconduzindo seus preceitos à Constituição. O objetivo é que não apenas o resultado da interpretação, mas a aplicação concreta do direito no caso respeite o sistema jurídico, a partir de suas bases constitucionais. O método do diálogo das fontes parte dessa premissa de realização da Constituição e de seu sistema de direitos e garantias fundamentais, oferecendo critérios para a coordenação e a coerência da solução do caso. Daí reconhecer, nas situações em que métodos de interpretação clássicos observam contradição entre normas, em verdade, a sua complementaridade, quando necessária para assegurar a coerência e a unidade do ordenamento jurídico. É e nesse aspecto,

análise, através da norma do art. 7º do CDC, a aplicação da norma que mais favorece o consumidor” (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 220).

¹⁰⁵³ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.1.2). Relembrando a lição de Erik Jayme o pluralismo de fontes jurídicas, no direito pós-moderno, reflete o fenômeno da *multiplicidade*, que se coloca na própria tarefa hermenêutica: “Dal punto di vista giuridico la molteplicità si traduce nella predisposizione di alternative, opzioni, possibilità (...) Confrontare secondo i canoni della postmodernità significa dunque testare l’approccio dei diversi sistemi verso simili propositi” (JAYME, Erik. Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 6, 1997, p. 818-819).

¹⁰⁵⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 220.

¹⁰⁵⁵ Sobre o tema v. MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 17-66; *Idem*. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das antinomias pelo ‘diálogo das fontes’. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e Assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 11-82 e; MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 67-109.

¹⁰⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 89 *et seq.*

¹⁰⁵⁷ Essa ideia fica evidente na lição de Bobbio: “Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas)” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. 10 ed. Brasília: UnB. 1997, p. 91).

essencialmente, que representa inovação em face do método clássico de interpretação sistemática¹⁰⁵⁸.

Em outros termos, pode-se dizer que a utilização do *diálogo das fontes* em razão da cláusula geral do art. 7º, *caput* do CDC “...permite coordenar a aplicação de distintas leis em vista do resultado que assegure o maior nível de proteção aos direitos dos consumidores”¹⁰⁵⁹. A propósito, observa Bessa que a jurisprudência brasileira, sobretudo a do STJ, parece já ter assimilado o método do diálogo das fontes no julgamento de recursos envolvendo relações de consumo, embora a própria expressão “diálogo das fontes” não seja, em alguns casos, mencionada na fundamentação das decisões¹⁰⁶⁰. Nesse sentido, destaca alguns importantes julgados onde a recurso ao “diálogo das fontes” é expressamente invocado e outros onde está implícito na interpretação/aplicação legal ao caso concreto¹⁰⁶¹.

O princípio *favor debilis*¹⁰⁶² – ou a interpretação da norma que assegure resultado mais favorável aos legítimos interesses (mediata e imediatamente econômicos) daqueles que ocupam posição jurídica vulnerável¹⁰⁶³ – é, portanto, o critério justificador da interpretação/aplicação coordenada e simultânea de normas legais e infralegais (*diálogo das fontes*) por meio da cláusula geral do art. 7º, *caput* do CDC. Ao mesmo tempo, o princípio

¹⁰⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 91.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁶⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *Diálogo das fontes* no Direito do Consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 188.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, p. 188-196. Um exemplo do primeiro grupo de casos é o voto (vencido) da Min. Fátima Nancy Andrichi no REsp 782.433: “O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema, em *diálogo de fontes*, e não somente por intermédio do CDC. O denominado ‘direito do consumidor’ tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico. Ciente disso, o legislador inseriu o art. 7º, caracterizando o CDC como uma codificação aberta, sem a pretensão de ser exaustiva, para sua interação com as demais regras do ordenamento que possam vir a beneficiar o consumidor. Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo” (STJ. REsp 782.433. rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, rel. p/ acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 04.09.2008, DJ 20.11.2008).

¹⁰⁶² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 37-42.

¹⁰⁶³ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.1), a tutela jurídica do CDC alcança os interesses dos *consumidores* e daqueles que se *equiparam a consumidores*, especialmente as pessoas jurídicas que, em certas relações comerciais, apresentam-se em concreta posição de vulnerabilidade.

informa o conteúdo da cláusula geral prevista no art. 47 do CDC¹⁰⁶⁴, acerca da interpretação dos contratos de modo *mais favorável* aos consumidores¹⁰⁶⁵.

Em matéria de correção do desequilíbrio excessivo por vícios de *insegurança* – a responsabilidade civil dos fornecedores por produtos ou serviços defeituosos¹⁰⁶⁶ – observa-se que a própria definição de “defeito” foi confiada, por influência do direito comunitário europeu (Diretiva n. 85/374/CEE, art. 6º), a uma cláusula geral no CDC (parágrafo 1º dos arts. 12 e 14)¹⁰⁶⁷. A definição de defeito é “aberta”, sendo fundamental a valoração concreta do juiz sobre o que seja, em cada caso, a violação da “legítima expectativa de segurança” dos consumidores¹⁰⁶⁸. Trata-se de cláusula geral *regulativa*, destinada a “...regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas em lei”¹⁰⁶⁹. Nesse sentido, o defeito do produto ou serviço é aquele que viola um “dever geral de segurança”, fundamentado no princípio constitucional da *confiança* (CF, art. 5º, §2º)¹⁰⁷⁰¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁴ Sobre o tema, v. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 352-353.

¹⁰⁶⁵ Conforme decidiu o STJ: “Direito Civil e do Consumidor – Necessidade de interpretação de cláusula de contrato de seguro de saúde da forma mais favorável à parte aderente. No caso em que o contrato de seguro de saúde preveja automática cobertura para determinadas lesões que acometam o filho de “segurada” nascido durante a vigência do pacto, deve ser garantida a referida cobertura, não apenas ao filho da “segurada titular”, mas também ao filho de “segurada dependente”. Tratando-se, nessa hipótese, de relação de consumo instrumentalizada por contrato de adesão, as cláusulas contratuais, redigidas pela própria seguradora, devem ser interpretadas da forma mais favorável à outra parte, que figura como consumidora aderente, de acordo com o que dispõe o art. 47 do CDC. Assim, deve-se entender que a expressão “segurada” abrange também a “segurada dependente”, não se restringindo à “segurada titular”. Com efeito, caso a seguradora pretendesse restringir o campo de abrangência da cláusula contratual, haveria de especificar ser esta aplicável apenas à titular do seguro contratado (STJ. REsp 1.133.338/SP. rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. j. 02.04.2013).

¹⁰⁶⁶ Cf. a análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.1).

¹⁰⁶⁷ Sobre o tema v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 147-148.

¹⁰⁶⁸ Convém lembrar que o CDC estabelece, no enunciado da norma em comento, pautas de orientação para o juiz. No ato de valoração concreta do caso, deverá observar determinadas circunstâncias, presentes nos incisos I a III, como o modo de apresentação ou fornecimento do produto ou serviço (inciso I), os riscos normais e previsíveis do produto ou serviço (inciso II) e a época em que o produto ou serviço foi fornecido.

¹⁰⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, julho-setembro de 1998, p. 09).

¹⁰⁷⁰ Cavalieri Filho, o princípio orientador da interpretação da cláusula geral é o “princípio da segurança” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 43-45). *Data maxima venia*, entende-se que a “segurança” é valor/bem jurídico constitutivo da expectativa legítima dos consumidores e que, nesse sentido, o princípio orientador da cláusula geral é o da *confiança*.

¹⁰⁷¹ Conforme jurisprudência do TJRS: “I. O fato do produto ou serviço é sinônimo de defeito, está previsto entre os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, e, como tal, é figura muito mais grave que mero vício, pois o fato atenta contra a saúde do consumidor. II. Caso concreto que aponta nítida violação às relações consumeristas, especificamente demonstrando um fato do produto/produto defeituoso, pois à autora, aposentada por invalidez, foi vendido um colchão magnetizado e com infravermelho para amenizar dores na coluna e, não só não amenizou, como em muito piorou, conforme boletins de atendimento médico acostados aos autos. Conforme o art. 12, §1º, II, do CDC, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração circunstâncias relevantes, entre as quais, o uso e os riscos razoavelmente esperados (TJRS. AC 70046564142, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Liege Puricelli Pires, DJ

Por fim, as cláusulas gerais de tipo *restritivo* no CDC são as que se destinam, de modo especial, à correção do exercício abusivo da posição mercadológica dos fornecedores, assumindo, em algumas hipóteses, âmbitos específicos de incidência, como na hipótese da cláusula de restrição da *publicidade abusiva* (CDC, art. 37, §2º)¹⁰⁷² e na hipótese da cláusula de restrição do *abuso da personalidade jurídica empresarial* (CDC, art. 28, §5º)¹⁰⁷³. Dentre as cláusulas restritivas com âmbito de incidência abrangente, destaca-se aquela que se fundamenta no conceito normativo “vantagem excessiva”, cujo significado, construído a partir dos critérios hermenêuticos estabelecidos no art. 51, §1º do CDC, traduz a cláusula *fundamental* de correção do abuso nas relações de consumo, justamente porque seu âmbito de incidência, como a seguir será demonstrado, pressupõe – e, por isso mesmo, alcança – o das demais cláusulas restritivas “abrangentes” (boa-fé objetiva, equidade, lesão enorme, bons costumes, função social e econômica etc.), promovendo a proteção dos interesses patrimoniais (imediatamente econômicos) e existenciais (mediatamente econômicos) dos consumidores.

24.0.2012) e; “II. De acordo com o artigo 12, § 1º, II, do Código de Processo Civil, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Tendo a autora adquirido cremes com a legítima expectativa de que eram antialérgicos, conforme indicação específica da consultora de vendas, diante da alergia ocorrida, deve a empresa requerida ser responsabilizada pelo fato do produto. Inversão legal do ônus probatório. Não tendo o fornecedor demonstrado que a autora fez mau uso do produto por sua conta e risco, presente se faz o dever de indenizar (TJRS. AC 70026598813, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Liege Puricelli Pires, DJ 26.03.2009).

¹⁰⁷² Sobre o tema v., por todos: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 258-260; MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 222-223 e; FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 153-168.

¹⁰⁷³ Sobre o tema v., por todos: MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 517-522 e; FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.*, p. 176-185.

CAPÍTULO 4 – A CLÁUSULA GERAL DE PROIBIÇÃO DE VANTAGEM EXCESSIVA NO CDC: CLÁUSULA FUNDAMENTAL DE CORREÇÃO DO ABUSO NA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

4.1. A “vantagem excessiva”: dimensões e campo de aplicação

4.1.1. As dimensões da “vantagem excessiva”: dimensão patrimonial e existencial

Como ficou demonstrado na primeira Parte desta pesquisa o desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo representa a perda (ou mesmo inexistência) do “equilíbrio mínimo” dessa relação que, em perspectiva “interna”, identifica-se com a manutenção de todos os fatores que justificam seu desequilíbrio estrutural (ou, de outro modo, seu *sinagma*)¹⁰⁷⁴. Vale dizer: ultrapassando o estado de desequilíbrio estrutural – que é, em essência, um desequilíbrio tolerável de posições jurídicas – as situações de desequilíbrio excessivo da relação de consumo representam violações de interesses ou expectativas legítimas da categoria social em posição jurídica vulnerável (os consumidores em sentido estrito e, ainda, os consumidores “equiparados”)¹⁰⁷⁵, justificando a intervenção estatal (CF, art. 5º, XXXII) para a sua correção¹⁰⁷⁶.

Na análise do exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores, viu-se que a violação dessas legítimas expectativas compromete “interesses imediata e mediamente econômicos” dos consumidores¹⁰⁷⁷ na medida em que traz, para a relação jurídica de consumo, injustificada desproporção de prestações e/ou direitos. Assim, há violação de interesses imediatamente econômicos quando a atuação abusiva do fornecedor relaciona-se

¹⁰⁷⁴ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.3 e Capítulo 2, subitens 2.1 e 2.2).

¹⁰⁷⁵ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.1).

¹⁰⁷⁶ Vale aqui relembrar que o desequilíbrio excessivo pelo exercício abusivo de posição jurídica na relação de consumo (Parte I, Capítulo 2, subitem 2.2.2.3) não se confunde com outras hipóteses de exercício abusivo da posição jurídica dominante, que se caracterizam, em essência, como abuso de *poder econômico* (e. g. o abuso na concorrência interempresarial), pois leva em conta outros fatores de desequilíbrio estrutural, como a vulnerabilidade técnica e informacional dos consumidores. Assim, como bem observa Amaral Júnior a posição de “desvantagem exagerada” do consumidor (CDC, art. 51, IV) “...resulta do desequilíbrio das posições contratuais, que pode ou não ser consequência direta da disparidade de poder econômico entre fornecedor e consumidor” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 06, 1993, p. 31). No mesmo sentido afirma Fernandes Neto: “O estudo da vantagem excessiva precisa ser feito não somente sob a ótica da capacidade financeira do consumidor” (FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 150).

¹⁰⁷⁷ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

diretamente com a proporção econômica (patrimonial) da relação (contrato) de consumo, i. e., quando o abuso se concentra na excessiva desproporção entre o valor (preço) da “remuneração” assumida pelo consumidor em relação ao produto ou serviço ofertado; ao contrário, há violação de interesses mediatemente econômicos quando a atuação abusiva do fornecedor, embora possa também atingir a proporção econômica da relação (contrato) de consumo, vai além desta e se concentra em interesse de outra ordem, como o de acesso qualificado à informação ou a bens existenciais da pessoa humana (saúde, educação, lazer, habitação etc). Em outros termos, pode-se dizer que, nesta hipótese, o abuso relaciona-se diretamente com a limitação ou supressão injustificada de acesso a bens existenciais, e indiretamente com a desproporção econômica das prestações.

Nesse sentido, não é demais enfatizar que, em ambos os casos, as legítimas expectativas dos consumidores associam-se ao dado econômico (patrimonial) em razão da própria natureza “mercadológica” da relação de consumo¹⁰⁷⁸, sendo que a diferença fundamental está em que, para os consumidores, a importância desse dado econômico é determinante na hipótese de “interesse imediatamente econômico” e secundária na de “interesse mediatemente econômico”. Como exemplo, pode-se pensar na contratação de um plano de saúde. Se o fornecedor fizer um reajuste exorbitante no preço do plano, o dado econômico (excessiva desproporção do valor da remuneração) será, naquela situação, o interesse determinante do consumidor; se, porém, a situação for de omissão, pela seguradora, de informação essencial sobre o contrato ou de injustificada negativa de cobertura a determinado tratamento médico-hospitalar, o dado econômico, embora seja também importante, torna-se secundário em razão do interesse emergente para o consumidor, que é “mediatamente econômico”: o acesso à informação e/ou ao bem existencial sonogados pela atuação abusiva do fornecedor¹⁰⁷⁹.

Essas considerações permitem concluir no sentido de que as situações de desequilíbrio excessivo da relação de consumo, sobretudo as geradas pelo exercício abusivo da posição jurídica, ofendem legítimos interesses/expectativas dos consumidores que, ora apresentam uma *dimensão patrimonial* (ou “imediatamente econômica”), ora uma *dimensão existencial*

¹⁰⁷⁸ A relação de consumo, como já observado (Parte I, Capítulo 1, subitem 1.2.3) é uma relação de *mercado*, i. e., uma relação onde há *trocas econômicas*, por meio de prestações de conteúdo patrimonial (entrega de coisa, prestação de serviço, pagamento de remuneração). Por esse motivo, afirma-se que sempre haverá, em maior ou menor intensidade, uma expectativa econômica (patrimonial) por parte dos consumidores.

¹⁰⁷⁹ Além do acesso à saúde, podem ser citados como exemplos de relações de consumo envolvendo bens existenciais da pessoa humana: os serviços educacionais (curso de ensino fundamental, curso universitário, curso de idiomas etc.), os serviços turísticos (pacotes de viagem etc.), os financiamentos imobiliários, os serviços públicos essenciais (água, luz, telefone) etc.

(ou “mediatamente econômica”). A exata compreensão dessas duas “dimensões” de legítimos interesses/expectativas dos consumidores nas relações de consumo é fundamental para o entendimento acerca do conceito normativo “vantagem excessiva”, núcleo do enunciado da cláusula geral de *proibição de vantagem excessiva* no CDC (art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º), pois o que se quer aqui sustentar é que tal conceito, segundo os próprios critérios fixados pelo legislador (CDC, art. 51, §1º), não se restringe apenas à violação de legítimas expectativas patrimoniais, mas alcança igualmente a violação das legítimas expectativas *existenciais* dos consumidores¹⁰⁸⁰.

Outro aspecto que merece destaque é o da relação que se estabelece entre a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva e outras cláusulas gerais que, também presentes no CDC, se prestam à correção do abuso nas relações de consumo: “boa-fé objetiva” (art. 51, IV), “equidade” (art. 51, IV) “lesão enorme” (arts. 6º, V c/c art. 51, IV) etc. Haveria uma relação de hierarquia ou de complementaridade entre elas? Inicialmente, importa apresentar a lição de Marques acerca do art. 51, IV do CDC:

Segundo renomados autores, o CDC, ao coibir a quebra da equivalência contratual e considerar abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em ‘desvantagem exagerada’, está a resgatar a figura da lesão enorme e a exigir um dado objetivo de equilíbrio entre as prestações. Parece-me que a norma do inciso IV do art. 51 do CDC, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no §1º do mesmo art. 51, é verdadeira *norma geral proibitória* de todos os tipos de abusos contratuais, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51¹⁰⁸¹.

Em primeiro lugar, percebe-se que a abrangência do art. 51, IV do CDC é, de fato, inconteste e sua funcionalidade, como aponta a eminente jurista, vai além do controle das situações de abuso (patrimoniais e existenciais) não previstas casuisticamente pelo legislador, desempenhando importante função de servir como “*reforço de eficácia*” a hipóteses que integram a chamada “lista” de práticas/cláusulas abusivas (arts. 39 e 51)¹⁰⁸²¹⁰⁸³. Essa

¹⁰⁸⁰ Não por acaso afirma Marques que o conceito “desvantagem exagerada”, previsto no art. 51, IV do CDC, substituiu a previsão inicial do legislador, referente ao conceito “desequilíbrio de interesses” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 933). Demonstra-se, assim, que a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º) traduz, em essência, um desequilíbrio excessivo nos interesses/expectativas legítimos do sujeito vulnerável gerada pelo exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, p. 932.

¹⁰⁸² *Ibidem*, p. 814-820 e 923-931.

¹⁰⁸³ De fato, a análise da jurisprudência brasileira revela a existência dessa função de *reforço à regulação casuística*. Como exemplo, a seguinte decisão do STJ: “4. Nos condomínios edifícios comerciais e/ou residenciais, onde o consumo total de água é medido por um único hidrômetro, a fornecedora não pode multiplicar o consumo mínimo pelo número de unidades autônomas, devendo ser observado, no faturamento do

abrangência, aliás, permite identificar, na esteira de Marques, três parâmetros gerais para a correção do abuso no enunciado do art. 51, IV:

1) o conhecido princípio da *boa-fé*, de inspiração alemã (§242, BGB), grande ausente no Código Civil brasileiro de 1916, que agora, após os esforços da jurisprudência e da doutrina encontra-se no sistema jurídico brasileiro; 2) a *equidade*, significando aqui mais a necessidade do chamado equilíbrio contratual (na expressão de Raiser, *Vertragsgerechtigkeit*) do que a inspiração inglesa da decisão caso a caso na falta de previsão legal anterior, uma vez que as normas do próprio CDC, nos seus artigos iniciais, básicos, já instituem linhas mestras para este equilíbrio; 3) a noção de *vantagem exagerada*, que vem complementada no §1º do art. 51, o qual institui alguns casos de presunção de vantagem exagerada, nitidamente inspirados na alínea 2 do §9º da lei alemã de 1976, hoje alínea 2 do §307 do BGB-Reformado¹⁰⁸⁴.

Assim sendo, entende Marques que não se pode falar em uma relação de hierarquia entre os citados parâmetros, muito embora se deva reconhecer, com fundamento na própria experiência jurídica alemã, que o parâmetro da vantagem exagerada (ou excessiva) representa o “ponto nuclear” do enunciado normativo do art. 51, IV, CDC¹⁰⁸⁵. Conclui, portanto, a autora: “No caso da lei brasileira, parece-nos razoável que se interprete o inciso IV como prevendo critérios complementares, mas distintos, podendo ora a jurisprudência identificar uma vantagem exagerada, ora uma outra espécie de afronta à boa-fé”¹⁰⁸⁶.

Chega-se, portanto, à conclusão de que a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva é *complementar* às cláusulas gerais de boa-fé objetiva, equidade etc., na medida em que essas cláusulas gerais *são necessárias para a construção do próprio conceito normativo “vantagem excessiva” a partir dos critérios hermêuticos estabelecidos no art. 51, §1º do CDC*. Em outros termos, significa que o ato de concreção da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, segundo os critérios hermenêuticos supramencionados, conduz

serviço, o volume real aferido (...) 6. São direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços e a efetiva prevenção/reparação de danos patrimoniais (CDC, art. 6º, IV e VI), sendo vedado ao fornecedor *condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços (CDC, art. 39, I, V e X)*” (STJ.REsp 655.130/RJ. rel. Min. Denise Arruda. DJ 28.05.2007) – grifou-se.

¹⁰⁸⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 932-933.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, p. 933. No mesmo sentido, Cavaliere Filho considera que “Embora o texto [do CDC, art. 51, IV] aluda a obrigações *iníquas, abusivas*, incompatíveis com a *boa-fé* ou a *equidade*, o que efetivamente caracteriza a abusividade dessa cláusula geral é o fato de estabelecer ‘*obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada*’. Esse é, na realidade, o núcleo do conceito de abusividade, a expressão dominante no texto, a situação objetiva que permitirá identificar a cláusula abusiva no caso concreto” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 155).

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*, p. 933.

necessariamente o intérprete às cláusulas gerais de boa-fé objetiva¹⁰⁸⁷, de equidade (compreendida aqui como “parâmetro corretivo” das situações de abusividade)¹⁰⁸⁸, de lesão enorme¹⁰⁸⁹ e ainda a outras que, por recurso ao autorizado “diálogo das fontes” (CDC, art. 7º, *caput*)¹⁰⁹⁰, se extraíam da norma geral de correção do abuso no direito privado brasileiro (CC, art. 187), como as de *função econômica e social* e de *bons costumes*¹⁰⁹¹.

Em prévia conclusão, pode-se afirmar que a “vantagem excessiva” é, portanto, o “conceito nuclear” (fundamental) de abusividade nas relações jurídicas de consumo, na medida em que exprime, em consonância com a norma geral de correção do abuso no direito privado brasileiro (CC, art. 187)¹⁰⁹², todos os critérios e fatores necessários à composição da ideia de abusividade para o Direito do Consumidor no contexto da sociedade de consumo contemporânea.

4.1.2. O campo de aplicação da “vantagem excessiva”: as práticas abusivas

O campo de aplicação da cláusula geral de vantagem excessiva é o da correção das situações de desequilíbrio excessivo da relação de consumo por exercício abusivo da posição jurídica ou, de outro modo, o da correção das *práticas abusivas* dos fornecedores que não tenham sido reguladas casuisticamente pelo legislador¹⁰⁹³. Como já observado¹⁰⁹⁴, o gênero

¹⁰⁸⁷ Veja-se a propósito, as situações, identificadas por Marques na jurisprudência brasileira, de violação aos deveres anexos de cooperação, de informação e de cuidado (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1024-1099).

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, p. 932-933. Caminha, a propósito da equidade como “parâmetro corretivo”, observa que “A equidade vincula-se à vedação do excesso, segundo critérios racionalmente apreensíveis, tendo em vista um certo ponto de equilíbrio sinalizado pelo contexto negocial” (CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. **A equidade no direito contratual: uma contribuição para o debate sobre o tema**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2010, p. 163).

¹⁰⁸⁹ Cf comentários sobre o sinalagma (Parte I, Capítulo 1, subitem 1.2.3) e sobre o instituto da “lesão” (Parte I, Capítulo 2, subitem 2.2.2.2). Na hipótese de cláusulas *leoninas* – as cláusulas de preço abusivo – pode-se, como já observado, adotar solução distinta da nulidade (CDC, art. 51, IV), i. e., optar pela *revisão* contratual (CDC, art. 6º, V, 2ª Parte), se mais favorável aos interesses econômicos do consumidor.

¹⁰⁹⁰ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.2).

¹⁰⁹¹ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

¹⁰⁹² Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3). Como será visto na sequência (subitem 4.2), a harmonia do específico conceito de abusividade no Direito do Consumidor com o conceito geral de abusividade no direito privado brasileiro (CC, art. 187) – orientada pelo método hermenêutico do “diálogo das fontes” – resta evidente na análise dos critérios fixados pelo legislador para a compreensão da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 51, §1º).

¹⁰⁹³ Relembre-se aqui a análise acerca da noção de sistema jurídico aberto e da importância das cláusulas gerais para a funcionalidade desse sistema (Capítulo 3, subitens 3.1 e 3.2). E também o fato, já assinalado neste tópico do trabalho, de que a jurisprudência brasileira costuma utilizar a cláusula geral como norma de *reforço para a*

“práticas abusivas” apresenta-se a partir de três hipóteses (ou especificidades): a) como *prática pré-contratual*; b) como *prática contratual* e; c) como *prática pós-contratual*¹⁰⁹⁵. Na primeira hipótese, o exercício abusivo antecede a existência da contratação e se origina, regra geral, de um “contato social de consumo” como na oferta/publicidade de produtos e serviços¹⁰⁹⁶; já na segunda e terceira hipóteses, o abuso relaciona-se à existência de um contrato de consumo, referindo-se ao próprio conteúdo contratual abusivo (caso de “prática contratual”) ou à situação relacionada aos efeitos do contrato (caso de “prática pós-contratual”).

Assim sendo, pode-se dizer que a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva destina-se à correção do abuso na totalidade do processo obrigacional que constitui a relação de consumo, i. e., à correção do abuso nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual da relação jurídica¹⁰⁹⁷. Por essa razão, optou o legislador por não construir o enunciado normativo da cláusula geral em apenas um dispositivo do CDC, desdobrando-o, portanto, em dois dispositivos: a) no que apresenta a cláusula geral como norma de correção da prática de exigir uma *vantagem manifestamente excessiva* do consumidor (CDC, art. 39, V)¹⁰⁹⁸ e; b) no

eficácia das normas casuísticas de correção do abuso no CDC (a propósito, v. a citada jurisprudência do STJ: REsp 655.130/RJ. rel. Min. Denise Arruda. DJ 28.05.2007).

¹⁰⁹⁴ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

¹⁰⁹⁵ Sobre o tema v., por todos: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 807-834 e 897-1.110; MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 227-242; CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 204 *et seq*; FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 112 *et seq.*; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008; BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.33 *et seq.*; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 13-32; BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 22, abril-junho de 1997, p. 123-134 e; DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. **Revista de AJURIS**. Porto Alegre, n. 60 (Ano XXI), março de 1994, p. 129-142.

¹⁰⁹⁶ Sobre o “contato social de consumo” como fato gerador de relações de consumo v., na doutrina brasileira: PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

¹⁰⁹⁷ Nesse sentido v., por todos: FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. São Paulo: Atlas. 2012, p. 150.

¹⁰⁹⁸ Dispõe o CDC, art. 39, V: “É vedado ao fornecedor de produtos e serviços, dentre outras práticas abusivas: V- exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

que apresenta a cláusula geral como norma de correção do contrato capaz de colocar o consumidor em posição de *desvantagem exagerada* (CDC, art. 51, IV)¹⁰⁹⁹.

Analisando esses dois dispositivos legais é possível extrair um primeiro entendimento, no sentido de que a correção da “vantagem manifestamente excessiva” (CDC, art. 39, V) destina-se às práticas *pré* e *pós-contratuais* de consumo e de que a correção da “desvantagem exagerada” (CDC, art. 51, IV), ao contrário, destina-se ao controle das práticas (cláusulas) *contratuais* de consumo. Nesse sentido, observa Cavalieri Filho que não se pode confundir

...os casos de cláusulas abusivas por vantagem excessiva com a prática abusiva de ‘exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva’ (art. 39, V). Esta prática não está prevista no contrato, não advém de uma prestação estabelecida na avença. Decorre de uma prática de mercado, que pode se verificar antes mesmo da formação da relação contratual, durante, ou até após o término do vínculo de consumo¹¹⁰⁰.

Contudo, é importante deixar claro que esses dispositivos legais não são duas cláusulas gerais distintas, mas *compõem o sentido de um único enunciado normativo, i. e., de uma única cláusula geral com um único fundamento hermenêutico* (CDC, art. 51, §1º)¹¹⁰¹. Como bem observa Tartuce, isso significa que “...deve-se compreender o art. 39 do CDC em um *diálogo de complementaridade* em relação ao art. 51 da mesma norma. Deve haver, assim, um diálogo das fontes entre as normas da própria Lei Consumerista”¹¹⁰². Por essa razão, pode-se concluir que a hipótese do art. 39, V não se aplica exclusivamente às práticas *pré* e *pós-contratuais* abusivas, assim como a hipótese do art. 51, IV não se aplica exclusivamente ao controle das cláusulas *contratuais* abusivas. Em outros termos, parece perfeitamente possível a correção de uma prática (cláusula) contratual que autorize o fornecedor a exigir uma *vantagem manifestamente excessiva* do consumidor (CDC, art. 39, V), assim como se pode

¹⁰⁹⁹ Dispõe o CDC, art. 51, IV: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

¹¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 159.

¹¹⁰¹ Nesse sentido, os comentários de Herman Benjamin ao art. 39, V do CDC: “Mas o que vem a ser a vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, §1º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos – são sinônimos” (BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 273).

¹¹⁰² TARTUCE, Flavio; ASSUMPÇÃO NETO, Daniel Amorim. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 352.

pensar na correção de uma prática pré ou pós-contratual que coloque o consumidor em posição de *desvantagem exagerada* (CDC, art. 51, IV)¹¹⁰³. A propósito, observa Miragem que

...a utilização do dispositivo [refere-se ao CDC, art. 39, V], pela jurisprudência, vem sendo feita em vista de sua aplicação combinada com o artigo 51 do CDC, para determinar a nulidade de cláusula contratual abusiva que estipule vantagem exagerada aos fornecedores, em claro desacordo com o direito básico do consumidor ao equilíbrio contratual¹¹⁰⁴.

Importante mencionar ainda que o dispositivo legal do art. 39, V destina-se não apenas à correção da “vantagem concretizada” – que gerou dano ao consumidor – mas também, da “mera exigência” de vantagem¹¹⁰⁵, sendo que o mesmo se pode dizer do disposto no art. 51, IV do CDC, na medida em que a abusividade está presente no conteúdo contratual que, por si só, já coloca o consumidor em posição de “desvantagem exagerada”, independentemente da demonstração de existência de prejuízos (patrimoniais ou existenciais). Em outros termos, pode-se dizer que, em ambas as hipóteses, não é fundamental, para a caracterização da abusividade, a ocorrência de prejuízo (patrimonial ou existencial) ao consumidor, pois a simples exigência da vantagem ou a simples existência de conteúdo contratual já evidenciam o “excesso para além dos limites da ordem jurídica” (CC, art. 187), fazendo incidir a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV) e, independentemente de dano, suas consequências jurídicas (sanções) “...como eventual invalidade, impedimento ou cessação de conduta abusiva”¹¹⁰⁶.

Por fim, deve-se mencionar um dado importante na aplicação da cláusula geral de vantagem excessiva pela jurisprudência brasileira. Trata-se de um dado que acaba, de certo modo, ratificando uma observação feita anteriormente¹¹⁰⁷, de que a sociedade de consumo contemporânea valoriza, além do acesso aos bens imateriais, a prestação de serviços em geral¹¹⁰⁸, refletindo-se essa tendência no crescente número de demandas judiciais envolvendo

¹¹⁰³ TARTUCE, Flavio; ASSUMPÇÃO NETO, Daniel Amorim. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 352.

¹¹⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 244.

¹¹⁰⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 273.

¹¹⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 244.

¹¹⁰⁷ Cf. análise sobre os serviços como objeto das relações de consumo, realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.2).

¹¹⁰⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 180.

a prestação e consumo de serviços¹¹⁰⁹. Com efeito, a totalidade dos julgados pesquisados no presente trabalho¹¹¹⁰ está relacionada à correção de práticas abusivas envolvendo *serviços*¹¹¹¹ - com destaque para os prestados por planos de saúde¹¹¹², os serviços odontológicos¹¹¹³, de previdência privada¹¹¹⁴, educacionais¹¹¹⁵, bancários (cobrança de tarifa em cheque especial¹¹¹⁶, cobrança de juros remuneratórios superiores à “taxa média de mercado”¹¹¹⁷ etc.), de cartões de crédito (exclusão contratual da responsabilidade da administradora pelos prejuízos decorrentes do furto do cartão até o momento da comunicação do evento pelo consumidor¹¹¹⁸, cobrança de multa convencional e de capitalização de juros¹¹¹⁹, débito

¹¹⁰⁹ MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, n. 18, 2000, p. 36.

¹¹¹⁰ A pesquisa – realizada entre os anos de 2012 e 2013 – não é, de modo algum, exaustiva, pois se concentrou apenas em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), de São Paulo (TJSP) e de Minas Gerais (TJMG). Ainda assim, entende-se que é capaz de apresentar um certa “radiografia” da aplicação da cláusula geral de vantagem excessiva pelo Judiciário brasileiro (para a seleção dos julgados o critério utilizado foi a presença dos conceitos “vantagem manifestamente excessiva” ou “desvantagem exagerada” na fundamentação (e/ou ementa) das decisões, i. e., a aplicação da cláusula geral de vantagem excessiva - CDC, art. 39, V c/c art. 51. IV e §1º).

¹¹¹¹ O que, por óbvio, não significa a inexistência de abuso no fornecimento de produtos. A propósito, a regulação casuística (proibição) das práticas de “venda casada” e de recusa injustificada do fornecimento de produtos e serviços (CDC, art. 39, I e II) aplica-se, em larga medida, a essas situações. Sobre o tema, v., por todos: TARTUCE, Flavio; ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 352-358.

¹¹¹² Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 259263/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJ 02.08.2005; STJ.158728/RJ. 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito. DJ 16.03.1999; STJ. REsp 1053810/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 17.12.2009 e; a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70005424239. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Luiz G. Beck. DJ 19.05.2003; TJRS. AC 70025284050. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Umberto G. Sudbrack. DJ 22.07.2009; TJRS. AC 70029369220. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Romeu M. Ribeiro Filho. DJ 14.10.2009; TJRS. AC 70035147420. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Romeu M. Ribeiro Filho. DJ 15.09.2010; TJRS. AC 70039197926. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 24.11.2010; TJRS. AC 70040626277. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo. DJ 27.01.2011; TJRS. AC 70042422709. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 18.05.2011; TJRS. AC 70040043978. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ney Wiedemann Neto. DJ 26.05.2011; TJRS. AC 70043055425. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 22.06.2011; TJRS. AC 70042455139. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 22.06.2011.

¹¹¹³ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70024350498. Décima Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann. DJ 14.08.2008.

¹¹¹⁴ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 700018300707. Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarpano. DJ 04.04.2007.

¹¹¹⁵ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: TJMG. AC 263767-4. Quarta Câmara Cível. Rel. Juiz Tibagy Salles, j. 10.03.1999. A jurisprudência é citada por Marques (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 815-816 – nota n. 277).

¹¹¹⁶ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70042808766. Segunda Câmara Especial Cível. Rel. Des. Fernando Flores Cabral Júnior. DJ. 29.06.2011;

¹¹¹⁷ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70042246850. Décima Terceira Câmara Cível. Rel. Des. Vanderlei Terezinha Tremeia Kubiak. DJ 07.06.2011.

¹¹¹⁸ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 348343/SP. 3ª T., Rel. Min. Gomes de Barros. DJ 14.02.2006.

¹¹¹⁹ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70008489510. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. DJ. 04.08.2004.

automático em conta corrente do “pagamento mínimo” sem anuência do consumidor¹¹²⁰ etc.), de financiamento para aquisição de bens duráveis (cobrança de tarifa para abertura de crédito¹¹²¹, cobrança de parcelas vincendas¹¹²² etc.), de prestação de serviços públicos essenciais (água¹¹²³, energia elétrica¹¹²⁴ etc.), de seguros (seguro de vida¹¹²⁵, seguro de veículo¹¹²⁶, seguro viagem¹¹²⁷ etc.) e de telecomunicações (telefonia e internet banda larga¹¹²⁸ etc.) – incidindo ainda na correção do abuso presente nas conhecidas cláusulas contratuais de “eleição de foro”¹¹²⁹.

Vencida a análise acerca das dimensões e do campo de aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV), cumpre, enfim, analisar os critérios hermenêuticos fixados pelo legislador brasileiro (CDC, art. 51, §1º) para a aplicação desta que é, como já destacado, a cláusula fundamental de correção do abuso nas relações jurídicas de consumo.

¹¹²⁰ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70031292360. Primeira Câmara Especial Cível. Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Rebout. DJ. 17.08.2009.

¹¹²¹ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. RI 71002733533. Primeira Turma Recursal Cível. Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann. DJ. 14.10.2010.

¹¹²² Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. RI 71001504448. Primeira Turma Recursal Cível. Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann. DJ. 27.03.2008.

¹¹²³ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 655130/RJ. 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda. DJ 03.05.2007; AgRg no Ag. 1.359.604/RJ. 2ª T., Rel. Min. Campbell Marques. DJ. 03.05.2011 e; a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: TJMG. AC 1.0702.09.614798-9/001. Quarta Câmara Cível. Rel. Des. Heloisa Combat. DJ. 17.02.2011.

¹¹²⁴ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. RMS 21.679/RN. 1ª T., Rel. Min. José Delgado. DJ 22.08.2006.

¹¹²⁵ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (em diálogo das fontes com o “Estatuto do Idoso”): TJRS. RI 71001894088. Segunda Turma Recursal Cível. Rel. Juíza Vivian Cristina Angonese Spengler. DJ 24.06.2009 e; TJRS. RI 71002759306. Segunda Turma Recursal Cível. Rel. Juíza Vivian Cristina Angonese Spengler. DJ 13.04.2011. Destaque-se, nos dois julgados, o importante “diálogo das fontes” entre o CDC e o Estatuto do Idoso.

¹¹²⁶ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: TJMG. AC 1.0024.06.029566-4/001. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza. DJ 16.07.2008.

¹¹²⁷ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70040173627. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 23.02.2011.

¹¹²⁸ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. RI 71002414274. Terceira Câmara Recursal Cível. Rel. Juiz Carlos Eduardo Richinitti. DJ 30.09.2010.

¹¹²⁹ Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 245.640/SP. 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 18.04.2000; STJ. REsp 205.449/PE. 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 20.05.1999; STJ. REsp 189.170/MG. 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJ 01.12.1998 e; STJ. REsp 20.969/MG. 2ª Seção. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJ 11.11.1998.

4.2. A aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva a partir dos critérios fixados no art. 51, §1º do CDC

Ao longo do Século XX, observou-se que, das quatro experiências fundamentais de proteção dos consumidores na tradição jurídica romano-germânica, duas referem-se a um Direito *do Consumo* (experiências francesa e italiana) e duas, a um Direito *do Consumidor* (a alemã e a brasileira)¹¹³⁰. Nesse sentido, a experiência jurídica brasileira, não obstante a significativa distinção quanto ao modo como foram sistematizadas as normas de proteção aos consumidores¹¹³¹, guarda traço comum com a experiência alemã: o fato de que o objetivo principal de tais normas não é a regulação do mercado de consumo, mas a identificação e proteção do vulnerável, do consumidor¹¹³², reconhecendo-se, nessa proteção jurídica, um momento de concretização – e, portanto, de eficácia – dos princípios e direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito das relações jurídico-privadas¹¹³³.

A experiência jurídica alemã – já constituída, antes da reforma do BGB/1896¹¹³⁴, por legislação sobre temas envolvendo relações de consumo e proteção dos consumidores¹¹³⁵ –

¹¹³⁰ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.2.1).

¹¹³¹ Como visto, a experiência jurídica brasileira sistematizou em lei específica (CDC) o seu Direito do Consumidor; já a experiência jurídica alemã, sobretudo a partir da reforma estabelecida na Parte Geral e no Livro das Obrigações do BGB/1896 entre os anos 2000 e 2002, optou por um Direito do Consumidor como matéria especial do seu Direito Civil. Além disso, ensina Marques que o direito brasileiro adotou uma única “lista” de cláusulas abusivas (CDC, art. 51), inserindo nesta a cláusula geral de vantagem excessiva (art. 51, IV e §1º); já o direito alemão adotou duas “listas” de cláusulas abusivas, a “cinza” (§308 do BGB-Reformado/§10 da AGBGesetz) – cláusulas ineficazes *a critério do juiz* – e a “negra” (§309 do BGB-Reformado/§11 da AGBGesetz) – cláusulas *sempre* ineficazes – separando de ambas a cláusula geral de vantagem excessiva (§307 do BGB-Reformado/§9º da AGBGesetz), destinada às situações que não foram casuisticamente reguladas nas “listas” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 910).

¹¹³² Na experiência jurídica brasileira, como já referido (Parte I, Capítulo 1, subitem 1.2.1), o consumidor é definido no art. 2º, *caput* do CDC; já na experiência jurídica alemã, após a reforma do BGB/1896, a definição de consumidor (*Verbraucher*) é apresentada no §13 do Código Civil Alemão. Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 65 e 68.

¹¹³³ Sobre o tema v. DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 110 *et seq.*

¹¹³⁴ Sobre o tema, na doutrina brasileira, v. MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 65-68 e; NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 137-175.

¹¹³⁵ Cumpre ressaltar que parte desta legislação foi, por ocasião da reforma, integrada ao BGB/1896. Sobre o processo de “integração das leis satélites” no texto do Código Civil alemão v. NORDMEIER, Carl Friedrich. *Op. cit.*, p. 169-174.

inspirou significativamente o legislador do CDC, sobretudo na matéria de proteção contratual¹¹³⁶, destacando-se, para o presente trabalho, a previsão e aplicação de cláusulas gerais no controle das “condições gerais de contratação”¹¹³⁷ a fim de se evitar, ou mesmo reprimir, o exercício abusivo da posição jurídica dominante¹¹³⁸. Assim, importa reconhecer a imediata influência do §9º (2) da Lei Alemã para a Regulamento das Condições Gerais dos Negócios – *Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* ou *AGBGesetz*, de 9 de dezembro de 1976¹¹³⁹ — na composição do art. 51, §1º do CDC¹¹⁴⁰, pois ainda que texto da norma brasileira guarde certa distinção terminológica em relação ao dispositivo legal alemão, parece preservar o sentido geral deste, de estabelecer os critérios hermenêuticos para a compreensão do que se deva entender como vantagem “exagerada” para a adequada concreção judicial da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV) nas relações de consumo. Enfim, dispõe o art. 51, §1º do CDC:

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

¹¹³⁶ Sobre o tema, os comentários de Nery Júnior (GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 441 *et seq.*).

¹¹³⁷ Sobre o tema das “condições gerais de contratação”, na doutrina brasileira, v., por todos: GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão**. Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, p. 49 *et seq.* e; MANDELBAUM, Renata. **Contratos de Adesão e Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 112 *et seq.*

¹¹³⁸ Como já se observou (Parte I, Capítulo 2, subitem 2.2.2.3), o controle das situações de exercício abusivo (ou inadmissível) de direitos no direito alemão foi construído, antes da existência de legislação especial, pela concreção do princípio/cláusula geral de boa-fé objetiva (§242 do BGB). Daí o apreço da cultura jurídica alemã por esse princípio/cláusula geral, que justifica a sua posição de destaque mesmo na legislação especial de controle do abuso, como no caso do §9º (1) da *AGBGesetz/1976*, que considera ineficaz toda condição geral contratual que penalize a parte contratante com exigência contrária aquilo que razoavelmente se pode esperar pela boa-fé. No original (em alemão), o texto do §9º (1) da *AGBGesetz/1976*: § 9 Generalklausel (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

¹¹³⁹ Este dispositivo legal foi inserido no texto do Código Civil alemão (*BGB/1896*, § 307(2)) por ocasião da reforma do direito das obrigações no início da década de 2000.

¹¹⁴⁰ Sobre o tema, os já citados comentários de Nery Júnior (GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 461 *et seq.*); e ainda: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 933-934 e; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 360-361.

Como se percebe, são hipóteses legais de enorme amplitude¹¹⁴¹, reconhecendo-se: a) na hipótese do inciso I, o critério que pretende conduzir o juiz a realizar, com a concreção da cláusula geral, a “mobilidade intra-sistemática” a partir de sua fundamentação decisória pelos princípios e valores constitucionais¹¹⁴² e; b) nas demais hipóteses (incisos II e III), os critérios que pretendem conduzir o juiz a realizar, com a concreção da cláusula geral: *b.1.* a “mobilidade externa” do sistema pela aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva a situações não reguladas casuisticamente (assumindo aqui utilidade, com as ressalvas já apresentadas, o método do “grupo de casos”)¹¹⁴³ e; *b.2.* a especial função de “reforço de eficácia” para a regulação casuística sobre práticas abusivas no CDC¹¹⁴⁴. Contudo, importa observar que *não são critérios estanques*, na medida em que a interpretação das hipóteses previstas nos incisos II ou III deve ocorrer, preferencialmente, de forma conjunta com a do inciso I e, além disso, que certos elementos do enunciado normativo do inciso III (*e. g.* “outras circunstâncias peculiares ao caso”) podem ser utilizados para a interpretação da hipótese do inciso II e vice-versa¹¹⁴⁵.

Sobre a natureza jurídica desses critérios legais ensina Nery Júnior que, além de exemplificativos, constituem presunções jurídicas *relativas*, admitindo prova em contrário pelo fornecedor¹¹⁴⁶. Já Tartuce tem entendimento diverso quanto à espécie dessas presunções: “Diante do sistema protecionista colocado à disposição dos consumidores, este autor entende que as presunções citadas são absolutas ou *iure et de iure*, não admitindo declinação ou

¹¹⁴¹ Segundo Marques “Estes critérios serviram na prática alemã para a proteção das legítimas expectativas criadas pelos diversos tipos de contratos. Protegendo estas expectativas, oriundas da lei civil, que era, porém, dispositiva, a jurisprudência foi reduzindo o grau de disponibilidade de direitos oriundos dos contratos, para determinar que um núcleo mínimo deveria ser mantido (*Leitbild*)” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 934).

¹¹⁴² Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.1). Como bem observa Ferreira da Silva “A verificação da vantagem exagerada a tornar abusiva a cláusula que a consagre (...) são exemplos de concretizações necessárias nas quais devem estar presentes as regras constitucionais” (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 08, outubro-dezembro de 1993, p. 156).

¹¹⁴³ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.1).

¹¹⁴⁴ Cf. análise realizada neste Capítulo (subitem 4.1.1).

¹¹⁴⁵ Pois as *circunstâncias do caso*, na lição de Martins-Costa, constituem verdadeiro “postulado fático-normativo da concreção contratual” (MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Altas. 2008, p. 491-506).

¹¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 533. Quanto ao fato de que os critérios são “exemplificativos”, entende-se, *data maxima venia*, que diante da enorme generalidade das hipóteses do §1º - em especial, a do inciso I - não haveria necessidade da abertura conferida pelo legislador através da expressão “entre outros casos”, embora se reconheça que essa abertura legal favorece os consumidores enquanto destinatários da proteção jurídica.

previsão em contrário”¹¹⁴⁷. O entendimento mais adequado, porém, parece ser o primeiro¹¹⁴⁸, assegurando-se ao consumidor, em caso de verossimilhança de suas alegações ou de sua hipossuficiência técnica, o direito à inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)¹¹⁴⁹.

Feitas as considerações iniciais sobre o tema, passa-se, a seguir, à análise de cada um dos critérios fixados pelo legislador brasileiro¹¹⁵⁰.

4.2.1. A vantagem excessiva como “ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico”

Dispõe o art. 51, §1º, I do CDC que a vantagem é exagerada (excessiva) quando “ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”. O texto da norma jurídica foi objeto de crítica na doutrina brasileira pela falta de precisão do legislador brasileiro na transposição da fonte normativa alemã para o então projeto do CDC¹¹⁵¹. De fato, não se pode negar que o enunciado da norma brasileira estaria melhor ajustado à literalidade do §9º (2)1 da AGBGesetz/1976 se sua redação fosse, ao final, a seguinte: “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que ofende os princípios básicos do sistema jurídico a que pertence a norma legal cuja incidência foi afastada”¹¹⁵².

Contudo, deve-se observar que mesmo a eventual falta de precisão do legislador não foi capaz de comprometer a função (finalidade) da norma, pois como bem observa Martins-Costa

¹¹⁴⁷ TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Gen/Método. 2012, p. 271.

¹¹⁴⁸ No mesmo sentido, v. RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 632.

¹¹⁴⁹ Salvo melhor juízo, entende-se que a única presunção absoluta prevista no CDC é a de *vulnerabilidade* dos consumidores no mercado de consumo (CDC, art. 4º, I).

¹¹⁵⁰ Os títulos dos subitens a seguir seguiram a orientação dos comentários de Nery Júnior (*Ibidem*, p. 533-534).

¹¹⁵¹ Segundo Barbosa Moreira teria havido “má tradução” do texto normativo alemão (BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Um caso de má tradução no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 09, janeiro-março de 1994, p. 66-67). No original (em alemão), o texto do §9º (2) da AGBGesetz/1976: “(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist”.

¹¹⁵² *Ibidem*, p. 67. Em tradução de Gabriel F. Leonardos para o vernáculo, o enunciado do §9º (2)1 da AGBGesetz/1976: “Em caso de dúvida, considera-se existente um prejuízo desarrazoado quando uma disposição não puder ser conciliada com os princípios básicos de uma norma legal da qual ela seja divergente” (LEONARDOS, Gabriel F. As cláusulas gerais do contrato na República Federal da Alemanha. **Revista de Direito Mercantil**. v. 86, p. 37 *Apud* BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 66).

...a interpretação de um texto não diz apenas com o sentido de cada uma das palavras, nem mesmo apenas com a significação a ser atribuída a uma seqüência de palavras e frases, mas à significação dessas palavras e frases a partir de um *contexto* e das *funções* que a *experiência* indica serem atribuíveis ao que o texto descreve ou refere (...) não é ‘ato’, mas ‘atividade’ ou processo de correlação entre palavras, frases, a tradição, o contexto do caso, e as funções da norma ou do instituto jurídico em causa, bem como a correlação entre aqueles e os valores jurídicos implicados¹¹⁵³.

Assim sendo – e considerando a experiência jurídica brasileira em matéria de proteção aos consumidores¹¹⁵⁴ - entende-se que o mais importante no texto normativo não é aquilo que eventualmente se omitiu, mas o que expressamente se dispôs: a vantagem é excessiva quando ofende *princípios fundamentais* do sistema jurídico, i e., princípios de natureza *constitucional*¹¹⁵⁵. Nesse sentido, compreende-se que o “sistema jurídico” a que se refere o legislador é o conjunto de normas legais que, fundamentadas formal e axiologicamente em normas (princípios) *constitucionais*, acabam sendo violadas por práticas abusivas dos fornecedores¹¹⁵⁶.

Em outros termos, pode-se dizer que o “sistema jurídico” referido no art. 51, §1º, I do CDC é, precisamente, o contemporâneo sistema de *direito privado brasileiro*, regido pelo paradigma da *constitucionalização do direito*¹¹⁵⁷ e identificado, sobretudo no campo das relações obrigacionais, por uma *harmonia principiológica*, mesmo entre leis destinadas a regulação de sujeitos em posições jurídicas iguais ou “quase-iguais” (CC/2002) e aquelas destinadas à regulação de sujeitos em posições jurídicas diferentes (CDC)¹¹⁵⁸; um sistema

¹¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. O método de concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Altas. 2008, p. 477-478.

¹¹⁵⁴ Fundamentalmente, que se trata de um direito sistematizado em *lei principiológica* (CDC), destinada a trazer, para o mandamento constitucional/direito fundamental de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII da CF/88), o mais elevado grau de eficácia. Para tanto, guia-se por uma “base hermenêutica fundamental” que são os princípios constitucionais da defesa do consumidor, dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade, solidariedade social e confiança (Cf. análise realizada na Parte I, Capítulo 1, subitem 1.1.2.2).

¹¹⁵⁵ Segundo Nery Júnior os “princípios fundamentais” a que se refere o inciso I são princípios gerais de determinado ramo jurídico como o Direito Civil, o Direito Administrativo etc. (GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 533). Entretanto, convém notar que esses princípios gerais são, na verdade, derivações dos princípios constitucionais que orientam a interpretação dos sistemas e subsistemas de direito público e privado. Assim, e pelas razões apresentadas na nota supra, é que se entende ser constitucional a natureza dos princípios a que se refere o inciso I do §1º, art. 51 do CDC.

¹¹⁵⁶ Assim, observa Rizzato Nunes que “...como “sistema” de proteção ao consumidor há que se entender todas as normas, além da Lei n. 8.078, que atingem e regulam as relações de consumo, tais como a Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/51), a Lei Delegada (Lei n. 4/62), a Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90), a Lei de Plano e Seguro-Saúde (Lei n. 9.656/98)” (RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 633).

¹¹⁵⁷ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.2).

¹¹⁵⁸ Nesse sentido, dispõe o Enunciado n. 167 da III Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Com o advento do Código Civil de 2002 houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do

que, por tais características e por estar vinculado a um contexto (pós-moderno) de *pluralismo jurídico*¹¹⁵⁹, se presta à utilização do método de interpretação e aplicação normativa conhecido como *diálogo das fontes*¹¹⁶⁰. Aliás, é na perspectiva de “diálogo” com a norma geral de correção do abuso no sistema de direito privado brasileiro (CC, art. 187) que se percebe a finalidade do art. 51, §1º, I do CDC: a proteção dos *bons costumes* enquanto limite ao exercício de determinado direito subjetivo ou, no caso, de prerrogativas inerentes a determinada posição jurídica¹¹⁶¹. Como visto anteriormente¹¹⁶², a tutela dos *bons costumes* deve ser compreendida, em essência, como tutela dos *princípios e direitos fundamentais*, núcleo dos valores objetivamente dominantes da sociedade contemporânea.

Portanto, trata-se de considerar que é excessiva a vantagem quando, em primeiro momento, estiver em desacordo com os princípios fundamentais do sistema *de proteção ao consumidor* (CDC, art. 51, XV)¹¹⁶³, cuja análise foi realizada anteriormente¹¹⁶⁴. Em segundo momento – e na perspectiva de um *diálogo das fontes*¹¹⁶⁵ (CDC, art. 7º, *caput c/c* art. 29) – é possível estender a aplicação do conceito de vantagem excessiva à proteção dos sujeitos “quase iguais” do sistema civil/empresarial¹¹⁶⁶, i. e., quando se possa encontrar, na relação jurídica civil (abstrata ou concretamente considerada) a presença de um sujeito em posição jurídica de vulnerabilidade¹¹⁶⁷, um sujeito vulnerável, porém não consumidor¹¹⁶⁸, como pode ocorrer, p. ex., nos contratos de franquia empresarial (*franchising*)¹¹⁶⁹ e de locação em *shopping center*¹¹⁷⁰.

Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV.** Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 46).

¹¹⁵⁹ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.1).

¹¹⁶⁰ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.2).

¹¹⁶¹ No mesmo sentido, entende Ferreira da Silva que há uma aproximação entre a norma do art. 51, §1º, I do CDC (§9º (2)1 da AGBGesetz/1976) “...com a nulidade por violação aos *bons costumes* do BGB [§138 e 139]” (FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A lesão enorme e o Direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século.** Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 98).

¹¹⁶² Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

¹¹⁶³ Segundo Rizzatto Nunes “A norma do inciso I do §1º tem, também, relação com a regra do inciso XV do art. 51” (*Ibidem*, p. 633).

¹¹⁶⁴ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.2.2).

¹¹⁶⁵ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.1).

¹¹⁶⁶ Como já observado, o contemporâneo sistema jurídico de direito privado brasileiro, para além do microsistema jurídico de proteção ao consumidor, é composto pelo sistema civil/empresarial, que regula as relações jurídicas entre sujeitos em equilíbrio de posições jurídicas (os “iguais”) e ainda aquelas em que se pode constatar a presença de certa posição de vulnerabilidade (os “quase iguais”).

¹¹⁶⁷ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2).

¹¹⁶⁸ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.1).

¹¹⁶⁹ Como já observado (Parte I, Capítulo 1, subitem 1.2), a equiparação dos efeitos jurídicos da tutela consumerista aos “quase iguais” do sistema civil/empresarial deve ser feita com certa cautela. Nesse sentido, v. PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia

Em ambos os momentos, vale ressaltar que a concreção judicial da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva pelos juízes e tribunais infraconstitucionais proporciona uma “mobilidade intra-sistemática”¹¹⁷¹ pelo ingresso dos princípios e valores constitucionais como elementos necessários ao “preenchimento do significado” da cláusula geral e, por conseguinte, como fundamento jurídico das próprias decisões judiciais¹¹⁷². Assim, pode-se compreender que mesmo quando há violação de uma norma legal que se traduza em princípio geral do sistema civil (*e. g.* a vedação do enriquecimento sem causa – CC, art. 884)¹¹⁷³ ou do sistema de proteção ao consumidor (*e. g.* a promoção da transparência no mercado de consumo – CDC, art. 4º, *caput*), os fundamentos formais e axiológicos dessas normas são princípios constitucionais como a proporcionalidade (CF, art. 5º, §2º) e a confiança (CF, art. 5º, §2º).

Por fim, pode-se dizer que os demais critérios hermenêuticos (incisos II e III), em interpretação conjunta com a hipótese do inciso I, permitem uma concreção judicial: a) que alcance situações não reguladas casuisticamente pelo legislador (função de “mobilidade externa” do sistema jurídico), destacando-se a possibilidade de formação dos “grupos de casos” e; b) que realize o “reforço de eficácia” das normas casuísticas sobre práticas abusivas nas relações de consumo. É o que será visto a seguir.

Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 924 e; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 336

¹¹⁷⁰ A jurisprudência brasileira considera que os contratos de locação comercial regem-se pelo sistema civil/empresarial (Lei 8.245/91 e, subsidiariamente, o Código Civil), pois o objeto da contratação não é a destinação final de consumo. No caso da locação em *shopping centers*, sobretudo quando o locatário não representa uma grande cadeia nacional (ou multinacional) de lojas, é possível constatar a existência de uma posição jurídica de vulnerabilidade que vai além do aspecto econômico, pois o pequeno/médio lojista se vê diante das condições gerais de contratação impostas pela administração do shopping center, de modo que há ambiente propício à ocorrência de práticas abusivas. Assim sendo, entende-se possível, com a mesma cautela empregada na situação anterior (*franchising*), a aplicação da cláusula geral de vantagem excessiva do CDC na proteção dos comerciantes em comprovada situação de vulnerabilidade. Em sentido contrário, na doutrina brasileira, v. PONTE, Daniel Ferreira da. As Locações em Shopping Center e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista da ABRASCE**. São Paulo, n. 6, 2006 (Disponível em: <www.loboeibeas.com.br/archives/563>. Acesso em 05. jan./2014).

¹¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 341.

¹¹⁷² MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 130.

¹¹⁷³ Sobre a vedação do enriquecimento sem causa como princípio geral do Direito Civil, v. KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**. Estudos em Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 370-377.

4.2.2. A vantagem excessiva como “ameaça ao objeto ou o equilíbrio do contrato”

Dispõe o art. 51, §1º, II do CDC que a vantagem é exagerada (excessiva) quando “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual”. A proteção jurídica, como bem observa Nery Júnior, alcança não apenas a vantagem excessiva que efetivamente compromete o objeto de determinado contrato de consumo – uma vez que já foi exigida pelo fornecedor – mas também a que, estipulada no contrato, se revela uma ameaça a esse objeto¹¹⁷⁴. E o conteúdo dessa vantagem ilícita, como estabelece o enunciado normativo, é a “restrição abusiva de direitos”.

Nesse sentido, é fundamental que se compreenda o que vem a ser o “objeto do contrato” e a “restrição abusiva de direitos” no contexto normativo do CDC. Como visto anteriormente, o objeto de qualquer relação jurídica vincula-se aos *interesses* (patrimoniais ou extrapatrimoniais) dos sujeitos que a constituem¹¹⁷⁵, de modo que não se pode dissociar, na tarefa interpretativa, o objeto da relação de consumo (a aquisição/utilização de produto ou serviço)¹¹⁷⁶ das expectativas ou legítimos interesses (patrimoniais ou existenciais) que os consumidores, por sua posição de vulnerabilidade¹¹⁷⁷, possuem em relação ao comportamento dos fornecedores¹¹⁷⁸. A propósito, convém notar que o legislador dispôs sobre o “interesse das partes” como elemento de concreção da cláusula geral (CDC, art. 51, §1º, III)¹¹⁷⁹.

Em outros termos, o objeto da relação de consumo deve ser compreendido em vista da *finalidade* do contrato para os consumidores. Vale dizer que se determinado consumidor contrata um seguro de veículo, um plano de saúde ou um investimento financeiro no banco em que é correntista, ele espera que tal contrato possa lhe oferecer, quando necessário ou mesmo em certo tempo previamente estabelecido, o direito de obter um resultado que é *inerente à finalidade do próprio contrato* (a cobertura do seguro ou do plano de saúde, o

¹¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 534.

¹¹⁷⁵ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1).

¹¹⁷⁶ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.2).

¹¹⁷⁷ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.1.2).

¹¹⁷⁸ Na análise acerca do princípio constitucional da confiança como princípio fundamental do Direito do Consumidor (Parte I, Capítulo 1, subitem 1.1.2.2) observou-se que, no contexto da sociedade de consumo contemporânea, as legítimas expectativas (confiança) dos consumidores não se concentram apenas no comportamento dos fornecedores, mas estendem-se ainda à efetividade do próprio sistema jurídico de proteção de seus direitos.

¹¹⁷⁹ Como já referido, o intérprete pode levar em conta esse elemento de concreção apesar de estar situado na presunção de abusividade do inciso III, pois os critérios do art. 51, §1º não são estanques e devem ser interpretados com fluidez, na busca da harmonia dos interesses dos participantes da relação de consumo (CDC, art. 4º, III) sem perder de vista, porém, a finalidade de proteção do sujeito vulnerável.

ganho estimado de capital prometido pelo banco etc.). Além disso, e em razão das maiores facilidades que as tecnologias da informação, típicas da sociedade de consumo contemporânea¹¹⁸⁰, proporcionam, é razoável que o consumidor possa ter, em relação aos fornecedores que a oferecem, a legítima expectativa em torno dessas facilidades, seja quanto à possibilidade de contato e resolução de problemas de modo mais célere ou, inclusive, quanto à possibilidade de ter, a sua disposição, meios alternativos para adimplir sua prestação (remuneração)¹¹⁸¹.

Nesse sentido, entende-se que a restrição de direitos dos consumidores é permitida (CDC, art. 54, §4º)¹¹⁸², desde que não viole – ou seja capaz de violar – direito inerente à natureza (finalidade) do contrato, sonhando do consumidor a obtenção do resultado (patrimonial ou existencial) que lhe é legítimo esperar¹¹⁸³. A vantagem excessiva por restrição de direitos é prática abusiva que compromete, em primeiro lugar, a *função econômica e social* do contrato (CC, art. 187 c/c art. 421)¹¹⁸⁴, de ser, além de fator necessário à circulação de riquezas na economia capitalista¹¹⁸⁵, também um instrumento promocional de acesso a bens jurídicos que se revelam, em sua maioria, essenciais à dignidade da pessoa humana¹¹⁸⁶. Em segundo lugar, é prática contrária à *boa-fé objetiva* (CDC, art. 51, IV) a partir da violação de certos *deveres anexos*, que afeta interesses patrimoniais (“imediatamente econômicos”)¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁰ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.1.1).

¹¹⁸¹ Assim, se o fornecedor opera com os recursos da internet é razoável supor que este recurso possa servir para o consumidor ter acesso, p. ex., a um boleto de pagamento, sobretudo se motivo de força maior (uma greve dos Correios) impedir a chegada do boleto na residência do consumidor antes da data do vencimento. Nesse sentido, a lição de Marques sobre as chamadas “cláusulas-barreira”, que dificultam injustificadamente o pagamento da remuneração pelo consumidor (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.062 *et seq.*).

¹¹⁸² Dispõe o art. 54, § 4º do CDC: “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas em destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

¹¹⁸³ Por óbvio, a restrição também é abusiva se violar direito reconhecido expressamente na lei, como os direitos básicos de qualquer consumidor (CDC, art. 6º) e os que, por diálogo das fontes (CDC, art. 7º, *caput*), venham em complemento aos anteriores (direitos dos usuários de serviços públicos, direitos dos clientes bancários, dos usuários de cartões de crédito, dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, dos consumidores turistas etc.)

¹¹⁸⁴ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.3).

¹¹⁸⁵ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no no 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. 156.

¹¹⁸⁶ Essa é, aliás, a razão pela qual Junqueira de Azevedo classifica como *existenciais* todos os contratos de consumo (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 185-186). Segundo Marques “O contrato é o instrumento de circulação de riquezas da sociedade, mas hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 258).

¹¹⁸⁷ A propósito, Marques, com base na jurisprudência brasileira, reconhece a existência de cláusulas contratuais que violam o dever anexo de *cooperação* e destaca, dentre estas, as já mencionadas “cláusulas-barreira”, como a cláusula ou prática comercial do fornecedor que, p. ex., “dificulta o pagamento do consumidor, ao determinar

mas, sobretudo, existenciais (“mediatamente econômicos”)¹¹⁸⁸ dos consumidores, i. e., interesses que se concentram no acesso a informações e ao próprio bem jurídico esperado¹¹⁸⁹.

Assim sendo, deve-se observar que a jurisprudência brasileira tem desenvolvido importante trabalho de concreção da cláusula geral de vantagem excessiva em relação a hipóteses não reguladas casuisticamente no CDC e que importam em restrição de direitos inerentes à natureza (finalidade) do contrato com repercussão nos interesses/expectativas existenciais dos consumidores. Nesse contexto, desenvolve-se ambiente propício à formação de *grupos de casos* sobre práticas de restrição abusiva de direitos, como as que ocorrem nos contratos de planos de saúde (as negativas de cobertura¹¹⁹⁰, a restrição do tempo de internação hospitalar¹¹⁹¹, a exclusão de atendimento por atraso no pagamento de uma única parcela¹¹⁹² etc.), afetando, sobretudo, consumidores que se encontram em estado de “vulnerabilidade

que este só pode ser executado em local especial ou em horas difíceis, ou somente após autorizado por papéis ou determinados servidores etc.” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 1.063).

¹¹⁸⁸ A propósito, Marques, com base na jurisprudência brasileira, reconhece a existência de cláusulas contratuais que violam o dever anexo de *informação* e destaca, dentre estas, as que “violam a transparência, impedem o acesso a informações e violam os direitos específicos de informação do consumidor nos contratos de saúde” (*Ibidem*, p. 1.082-1.088).

¹¹⁸⁹ A título exemplificativo: “Apelação Cível. Recurso Adesivo. Seguros. Plano de saúde. Relação de consumo. Prognatismo Mandibular com Atrofia Maxilar, Negativa de cobertura. Impossibilidade. Cláusula abusiva. Ausência de exclusão expressa da cobertura. Dano moral não configurado. Sentença mantida. Prequestionamento. Trata-se de relação de consumo, devendo ser aplicadas as normas e regras do CDC. Além de cláusulas restritivas de direito não poderem ser interpretadas de forma extensiva, devem as cláusulas contratuais ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC. Aplicam-se à hipótese as disposições da Lei nº 9.656/98, por se tratarem de renovações sucessivas. É abusiva a cláusula que coloca o segurado em desvantagem exagerada, *desnaturando o próprio objeto do contrato de assistência à saúde e causando ofensa ao princípio da boa-fé*” – grifou-se (TJRS. AC 70035147420. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. DJ 15.12.2010).

¹¹⁹⁰ A título exemplificativo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado acerca de cláusulas abusivas por negativa de transplante de órgãos (STJ. REsp 1053810/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 17.12.2009); na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgados acerca de cláusulas abusivas por negativa de cobertura: a) de procedimentos relacionados ao tratamento da AIDS (TJRS. AC 70025284050. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Umberto G. Sudbrack. DJ 22.07.2009); b) do procedimento de hemodiálise a paciente em situação emergencial (TJRS. AC 70029369220. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Romeu M. Ribeiro Filho. DJ 14.10.2009); c) de procedimentos de radio e quimioterapia para tratamento de doença previsto no contrato (TJRS. AC 70042422709. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 18.05.2011); d) do procedimento de *home care* (tratamento domiciliar) indicado pelo próprio médico (TJRS. Ag.I. 70041602061. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ney Wiedemann Neto. DJ 14.03.2011); e) do procedimento de fisioterapia a paciente em tratamento do Mal de Alzheimer (TJRS. Ag. I. 70041792391. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ney Wiedemann Neto. DJ. 23.03.2011) e; f) de despesas com aquisição de medicamento prescrito pelo médico pelo fato de que a medicação é ministrada fora do ambiente hospitalar, i. e., apenas em ambiente ambulatorial ou domiciliar (TJRS. AC 70043055425. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 22.06.2011).

¹¹⁹¹ A título exemplificativo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 158728/RJ. 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito. DJ 16.03.1999; na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70040626277. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo. DJ 27.01.2011.

¹¹⁹² Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 259263/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJ 02.08.2005.

agravada” (CDC, art. 39, IV)¹¹⁹³, i. e., de *hipervulnerabilidade*¹¹⁹⁴. E além da aplicação a situações não reguladas casuisticamente na lei é possível que a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva seja também aplicada como um “reforço de eficácia” às normas casuísticas de controle das práticas de restrição abusiva de direitos (CDC, art. 39, I, II, IX, XII; art. 51, I, II, VIII, XI etc.)¹¹⁹⁵.

Outro aspecto a considerar é a extensão do art. 51, §1º, II do CDC aos “quase iguais” do sistema civil/empresarial. Gonçalves, a propósito, observa que em determinados contratos civis de natureza bilateral (*e. g.* a compra e venda e a locação) é possível fixar a chamada “cláusula *solve et repete*”, por meio da qual o contratante renuncia antecipadamente a direito inerente à natureza desses contratos, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido – CC, art. 476)¹¹⁹⁶. Nesse sentido, observa o autor que a existência dessa cláusula contratual, nas relações de consumo, “...deve ser evitada, em razão da cominação de nulidade de toda cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada (CDC, art. 51)”¹¹⁹⁷. De fato, é inconteste que, em razão do desequilíbrio estrutural da relação de consumo, uma disposição contratual dessa natureza é abusiva por restrição de

¹¹⁹³ O art. 39, IV do CDC estabelece os fatores de agravamento da vulnerabilidade dos consumidores pessoas físicas: “idade, saúde, conhecimento ou condição social”. Portanto, consideram-se hipervulneráveis os idosos, as crianças, os doentes, os analfabetos, as pessoas desempregadas, de baixa renda ou em estado de miserabilidade etc. Nesse sentido, v. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 184 *et seq.*

¹¹⁹⁴ Como já observado (Parte I, Capítulo 1, subitem 1.1.1) o reconhecimento dos grupos hipervulneráveis e da necessidade de um tratamento jurídico diferenciado para os mesmos é característica da sociedade de consumo contemporânea compreendida como sociedade *pluralista*. O pluralismo cultural (existência de distintos grupos na mesma ordem social) revela-se, no campo jurídico, pela “multiplicidade” das fontes normativas e possibilidades de interpretação jurídica (o “diálogo das fontes”), tendo como paradigma a existência de um “direito à diferença” (Jayme) à luz dos valores e normas constitucionais. Sobre o tema, v., por todos: SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 70, abril-junho de 2009, p. 139-171. Sobre o tema de hipervulnerabilidade, v. ainda: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 76, p. 13-45, 2010. A propósito, já nos manifestamos, em outra oportunidade, sobre o tema: AZEVEDO, Fernando Costa de. O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. In: I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica (Anais) - V.1. Pelotas: Editora e Gráfica Universitária (UFPel).

¹¹⁹⁵ Como exemplo, a já mencionada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “4. Nos condomínios edifícios comerciais e/ou residenciais, onde o consumo total de água é medido por um único hidrômetro, a fornecedora não pode multiplicar o consumo mínimo pelo número de unidades autônomas, devendo ser observado, no faturamento do serviço, o volume real aferido (...) 6. São direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços e a efetiva prevenção/reparação de danos patrimoniais (CDC, art. 6º, IV e VI), sendo vedado ao fornecedor *condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva*, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços (CDC, art. 39, I, V e X)” (STJ.REsp 655.130/RJ. rel. Min. Denise Arruda. DJ 28.05.2007) – grifou-se.

¹¹⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 840.

¹¹⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 840.

direito inerente à natureza dos contratos de consumo que, como visto, se caracterizam pela bilateralidade¹¹⁹⁸. Já nas relações contratuais do sistema civil/empresarial entende-se que a “cláusula *solve et repete*” é lícita entre sujeitos “iguais”, mas pode ser contestada quando houver sujeito em comprovada posição de vulnerabilidade, aplicando-se, neste exemplo, a proibição de vantagem excessiva por restrição de direitos do CDC (art. 29 c/c art. 51, IV e §1º, II)¹¹⁹⁹.

Por fim, destaque-se que a restrição abusiva de direitos viola o *equilíbrio (ou equidade) contratual*¹²⁰⁰ (CDC, art. 4º, III c/c art. 51, IV) justamente porque, sendo situação de desequilíbrio excessivo, compromete o sinalagma interno - o “equilíbrio mínimo”¹²⁰¹ - da relação de consumo.

4.2.3. A vantagem excessiva como “onerosidade excessiva para o consumidor”

Dispõe o art. 51, §1º, III do CDC que a vantagem é exagerada (excessiva) quando “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”. Com base no critério anterior (4.2.2) pode-se afirmar que toda restrição abusiva de direitos gera uma onerosidade excessiva na medida em que impede o consumidor de obter o resultado que lhe é permitido esperar e, neste sentido, o coloca em posição de “desvantagem exagerada” (CDC, art. 51, IV)¹²⁰². Assim, não haveria, em princípio, a necessidade de um critério hermenêutico

¹¹⁹⁸ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.3).

¹¹⁹⁹ A referência de Gonçalves é, por óbvio, exemplificativa, podendo-se ainda encontrar outras hipóteses em que se possa estender, por “diálogo das fontes”, a aplicação do CDC aos sujeitos “quase iguais” do sistema civil/empresarial. Contudo, vale a ressalva de que se trata de uma “equiparação” (não igualdade) de direitos, já que o “quase igual” (e. g. o “aderente” – CC, arts. 423 e 424) não é, de fato, um consumidor padrão (CF, art. 5º, XXXII c/c CDC, arts. 2º, *caput* e 4º, I).

¹²⁰⁰ Sobre o tema, v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 932-933 e; CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. **A equidade no direito contratual**: uma contribuição para o debate sobre o tema. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2010, p. 154 *et seq.*

¹²⁰¹ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.1).

¹²⁰² Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre restrição abusiva de direitos (negativa de cobertura) pela operadora do plano de saúde: “Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recluir não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos (...) A negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente –, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da *onerosidade excessiva* perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual” – grifou-se (STJ. REsp. 1053810/SP. 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 17.12.2009).

sobre a vantagem abusiva como geradora de “onerossidade excessiva”¹²⁰³. No entanto, não foi essa a opção do legislador brasileiro, de modo que é necessário compreender a diferença entre a onerosidade excessiva gerada pela restrição abusiva de direitos (inciso II) e a que se estabelece na hipótese em comento. Com efeito, entende-se que a hipótese prevista no inciso III está relacionada especificamente à situação de “desproporção excessiva das prestações”, comprometendo o sinalagma da relação de consumo enquanto “bilateralidade” ou equivalência econômica do contrato¹²⁰⁴. Como ensina Marques

...a desproporção do contrato de consumo em si não é presumida de forma absoluta como ‘abusiva’ – é, porém, imperativamente e presumidamente ‘controlável’ pelo magistrado, que, a pedido do consumidor ou de um dos legitimados, e a critério do magistrado, se houver exagero ou vantagem exagerada, a controlará¹²⁰⁵.

Em outros termos, compreende-se que a hipótese do inciso III privilegia a proteção dos interesses patrimoniais (ou “imediatamente econômicos”) dos consumidores, i. e., dos interesses que se concentram no valor (preço) da remuneração paga ao fornecedor¹²⁰⁶. Trata-se de uma onerosidade que tem, como causa, conduta imputável aos fornecedores na fase de formação do vínculo contratual, uma conduta que, pela configuração “objetiva” do abuso no direito privado brasileiro (CC, art. 187), não está relacionada ao conhecimento da ilicitude ou à intenção de lesar do fornecedor, bastando a existência da conduta/prática excessiva, lesiva (ou capaz de lesar) aos consumidores¹²⁰⁷.

Assim sendo, deve-se dar razão a Ferreira da Silva quando estabelece a diferença entre a situação de “onerossidade excessiva superveniente”, prevista no art. 6º, V, 2ª Parte do CDC¹²⁰⁸, e a que se encontra no art. 51, §1º, III do Código:

¹²⁰³ Por oportuno, convém notar que a hipótese prevista no art. 51, §1º, III do CDC não consta expressamente no texto da fonte normativa alemã (§ 9º (2) da AGBGesetz/1976).

¹²⁰⁴ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 1, subitem 1.2.3).

¹²⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 913.

¹²⁰⁶ Cf. análise realizada no subitem 4.1.1.

¹²⁰⁷ Como ensina Marques “... a abusividade da cláusula não depende da boa ou má-fé subjetiva do fornecedor que a impôs ao consumidor. Talvez o fornecedor nem soubesse que tal cláusula é contra o espírito do CDC ou mesmo expressamente proibida na lista do art. 51, talvez nem tenha ele redigido o contrato, cujo conteúdo pode até ser determinado por outra norma de hierarquia inferior (portaria, medida provisória etc.) – mesmo assim permanece o caráter abusivo da cláusula” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 904).

¹²⁰⁸ Dispõe o CDC, art. 6º, V, 2ª Parte “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” – grifou-se.

Note-se, esta última não trata o instituto da *excessiva onerosità* do direito italiano, pois se considera uma verdadeira desproporção momentânea à formação do contrato, como ocorre na clássica figura da lesão, especialmente porque mencionado, no texto do CDC, a consideração às circunstâncias peculiares do caso. O instituto que está previsto no art. 6º, V, segunda parte, é o da quebra da base do negócio jurídico¹²⁰⁹.

De fato, e como já demonstrado¹²¹⁰, a onerosidade excessiva superveniente é espécie de desequilíbrio excessivo da relação de consumo que não se confunde com o exercício abusivo de posição jurídica, pois se em ambos os casos o sinalagma contratual é afetado em termos de equivalência (proporção) econômica de prestações, a causa desta desproporção, na onerosidade excessiva superveniente, é sempre um fato *posterior* à celebração do contrato, cuja existência *não se pode imputar à conduta do fornecedor*. Há, nessa hipótese, uma quebra da base negocial ou do “sinalagma funcional” do contrato¹²¹¹. Já na hipótese de exercício abusivo da posição jurídica a causa da desproporção é a *estipulação abusiva do conteúdo contratual*, que, por ocorrer na fase de *formação* do contrato, compromete o “sinalagma genético” deste, i. e., a relação contratual já nasce excessivamente desequilibrada em termos “imediatamente econômicos”¹²¹².

Nesse sentido, compreende-se que a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV, §1º, III), em “diálogo interno” com o art. 6º, V, 1ª Parte do CDC¹²¹³, consagra no Direito do Consumidor o tradicional instituto da *lesão enorme*¹²¹⁴. E pode-se dizer que apesar do instituto ter recebido um tratamento diferenciado

¹²⁰⁹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A lesão enorme e o Direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 98. No mesmo sentido v. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 904.

¹²¹⁰ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitens 2.2.2.2 e 2.2.2.3).

¹²¹¹ A propósito, já nos manifestamos, em outra oportunidade, sobre o tema: AZEVEDO, Fernando Costa de. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no Direito do Consumidor e a possibilidade de aplicação do *diálogo das fontes* no Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 322-330.

¹²¹² Vale dizer que o abuso já está presente no contrato quando o consumidor a ele adere, pois o exercício abusivo consiste na estipulação ilícita do conteúdo contratual. Contudo, os efeitos dessa prática abusiva serão identificados pelo consumidor apenas *a posteriori*, i. e., na fase de cumprimento do contato, razão pela qual observa Marques: “Efetivamente, o caráter de abusividade da cláusula é concomitante com a formação do contrato (...) A identificação dessa abusividade (...) é que pode ser posterior à formação do contrato, como a fotografia atual de um fato já existente” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 904).

¹²¹³ Dispõe o CDC, art. 6º, V, 1ª Parte: “São direitos básicos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais...”.

¹²¹⁴ Sobre o tema v., por todos: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 903-904 e 932; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no**

no Direito Civil (CC, art. 157)¹²¹⁵, caracteriza-se, tanto nas relações contratuais civis quanto nas de consumo, pela excessiva desproporção econômica do contrato, evidenciada, sobretudo, nas conhecidas cláusulas *leoninas* – o abuso na estipulação do “preço” – nos contratos privados¹²¹⁶.

Sobre as cláusulas leoninas como espécie de cláusulas abusivas nas relações de consumo, Marques apresenta importante reflexão:

De outro lado, mister notar que, quanto ao preço, elemento essencial do contrato, e origem máxima da idéia de lesão enorme, a doutrina brasileira reluta em incluir as cláusulas que desequilibram o contrato, prevendo preços leoninos, entre aquelas submetidas ao regime jurídico das cláusulas abusivas. Como veremos adiante, mesmo o Código de Defesa do Consumidor indica sanções diferenciadas para estes dois casos: a de nulidade para as cláusulas abusivas *stricto sensu* e a possibilidade de o juiz modificar a cláusula que estabeleça prestações desproporcionais (art. 6º, incisos IV e V, do CDC)¹²¹⁷.

Com efeito, a relutância de alguns doutrinadores se deve ao fato de que a experiência jurídica brasileira fez a opção pela *invalidade* como sanção às cláusulas abusivas nos contratos de consumo¹²¹⁸. Assim sendo, observa Marques que ao contrário da experiência jurídica alemã – que estabeleceu a *ineficácia* como sanção ao abuso contratual¹²¹⁹ - o reconhecimento das cláusulas leoninas como abusivas as coloca diante do regime

Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 17; _____. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 48, outubro-dezembro de 2003, p. 61; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134-138 e ODY, Lisiane Feiten Wingert. **O equilíbrio contratual nos contratos de crédito bancários e a aplicabilidade do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.** 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 118-120.

¹²¹⁵ Na lição de Aguiar Júnior: “...o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o nosso sistema aquela idéia presente no antigo direito, de reconhecer a lesão sempre que houver, objetivamente, na celebração do contrato, uma prestação desproporcionada (...) bastando a simples presença da desproporção, independentemente do requisito subjetivo de estar o contratante debaixo de necessidade ou sendo explorado em sua inexperiência ou levandade. Já o Código de 2002, retornando ao espírito da lei de 1951 [refere-se a “Lei da Usura Real”], introduziu novamente, na idéia de lesão, o requisito da premente necessidade ou da inexperiência, conforme está no art. 157. Nesse ponto, o Código Civil disse menos do que deveria, e não se aplica essa regra à relação de consumo” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil... cit., p. 61). No mesmo sentido, v. ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Op. cit.*, p. 118.

¹²¹⁶ Cf. análise realizada na Parte I (Capítulo 2, subitem 2.2.2.2).

¹²¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 903.

¹²¹⁸ Sobre o tema v., por todos; SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 139 e; BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 22, abril-junho de 1997, p. 127 *et seq.*; DALL’AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. **Revista da AJURIS.** Porto Alegre, n. 60 (Ano XXI), março de 1994, p. 132 *et seq.*

¹²¹⁹ A experiência alemã optou pela *ineficácia* das cláusulas abusivas (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 912.

sancionatório da *nulidade absoluta* (art. 51, *caput*)¹²²⁰, o que, em tese, impediria a adoção de solução diversa, referente à preservação da eficácia do negócio nulo pela redução do excessivo valor da prestação (CDC, art. 6º, V)¹²²¹. Contudo, há que se considerar o princípio *favor debilis*¹²²², que impõe interpretação do sistema legal – e do próprio contrato (CDC, art. 47) – de modo a assegurar o resultado (efeito útil) mais benéfico para os consumidores¹²²³ e que, por isso mesmo, permite a adoção de solução distinta da nulidade, não obstante sua expressa configuração no art. 51 do CDC¹²²⁴.

Conclui-se assim que, para as cláusulas contratuais “leoninas”, há dois resultados possíveis: a) a extinção do negócio nulo ou; b) a preservação de sua eficácia pela modificação do contrato. E ainda que se reconheça, na segunda hipótese, o melhor efeito útil para os consumidores na maioria das situações envolvendo “preços leoninos”, a escolha de um desses resultados ficará, em cada caso, a critério do juiz que deverá levar em conta, na concreção da cláusula geral, “a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (CDC, art. 51, §1º, III)¹²²⁵.

O desenvolvimento jurisprudencial em matéria de proteção dos consumidores contra cláusulas contratuais/práticas de mercado “leoninas” não reguladas casuisticamente também é bastante significativo e permite, assim como na hipótese de “restrição abusiva de direitos”

¹²²⁰ Ensina Becker que a expressão “nulidade *de pleno direito*” é um “exagero retórico do legislador”, pois não se trata de uma nulidade absoluta dessa natureza, mas de uma nulidade absoluta *tout court* (ou “dependente de rescisão”), que necessita, para a declaração/desconstituição do negócio jurídico, de dilação probatória (BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 22, abril-junho de 1997, p. 127-128).

¹²²¹ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 912. Vale lembrar que a nulidade absoluta – *tout court* ou “de pleno direito” – fulmina em definitivo a validade do negócio jurídico, não admitindo confirmação pelas partes nem convalidação pelo decurso do tempo (CC, art. 169).

¹²²² BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 37-42.

¹²²³ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.2).

¹²²⁴ Nesse sentido, ensina Aguiar Júnior que “As nulidades instituídas a favor do consumidor não serão decretadas se provada a utilidade da cláusula para o beneficiário. Consideram-se sanados os defeitos que admitem intervenção judicial corretiva, para modificar as cláusulas abusivas e expungir o vício, ajustando o contrato aos princípios informadores do sistema” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994, p. 30). Marques, a propósito, entende que há possibilidade “...de o juiz recorrer, no caso de nulidade da cláusula, não só a lei supletiva, mas ao próprio contrato, interpretando a vontade das partes para praticamente *criar* uma nova cláusula válida” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos... cit.*, p. 912).

¹²²⁵ Sobre a adoção da hipótese de modificação (ou redução) do preço abusivo, observa Schmitt: “Por meio da sanção dessa nulidade, procura-se limitar a eficácia dessa nulidade, no sentido de conservar o contrato, adaptando-o às regras de boa-fé do tráfico jurídico, mantendo vivo o negócio jurídico. O Código de Defesa do Consumidor não é inibidor da contratação; pelo contrário, busca incentivar as relações de consumo, tutelando a parte mais frágil da operação (SCHMITT, Cristiano Heineck. *Op. cit.*, p. 148-149).

(4.2.2), a formação de *grupos de casos* a serem identificados pela doutrina¹²²⁶, destacando-se os abusos praticados: a) nos *serviços financeiros*: a.1. bancários (cobrança de tarifa em cheque especial¹²²⁷, cobrança de juros remuneratórios superiores à “taxa média de mercado”¹²²⁸ etc.); a.2. de cartões de crédito (exclusão contratual da responsabilidade da administradora pelos prejuízos decorrentes do furto do cartão até o momento da comunicação do evento pelo consumidor¹²²⁹, cobrança de multa convencional e de capitalização de juros¹²³⁰, débito automático em conta corrente do “pagamento mínimo” sem anuência do consumidor¹²³¹ etc.); a.3. de financiamento para aquisição de bens duráveis (cobrança de tarifa para abertura de crédito¹²³², cobrança de parcelas vincendas¹²³³ etc.); a.4. securitários¹²³⁴; a.5. de previdência privada¹²³⁵ e; b) nos *planos de saúde* (reajuste abusivo por aumento de faixa etária¹²³⁶ etc.). Em todas essas hipóteses – como em outras que não foram aqui destacadas – também é perceptível a tendência à identificação dos consumidores em situação de “vulnerabilidade agravada” ou *hipervulnerabilidade* (CDC, art. 39, IV)¹²³⁷.

¹²²⁶ A propósito, o Enunciado n. 432, da V Jornada de Direito Civil (CJF/CEJ): “Em contratos de financiamento bancário, são abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise de crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violarem o princípio da boa-fé objetiva” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007, p. 64).

¹²²⁷ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70042808766. Segunda Câmara Especial Cível. Rel. Des. Fernando Flores Cabral Júnior. DJ. 29.06.2011;

¹²²⁸ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70042246850. Décima Terceira Câmara Cível. Rel. Des. Vanderlei Terezinha Tremeia Kubiak. DJ 07.06.2011.

¹²²⁹ A título exemplificativo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: STJ. REsp 348343/SP. 3ª T., Rel. Min. Gomes de Barros. DJ 14.02.2006.

¹²³⁰ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70008489510. Nona Câmara Cível. Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. DJ. 04.08.2004.

¹²³¹ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70031292360. Primeira Câmara Especial Cível. Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Rebout. DJ. 17.08.2009.

¹²³² A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. RI 71002733533. Primeira Turma Recursal Cível. Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann. DJ. 14.10.2010.

¹²³³ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. RI 71001504448. Primeira Turma Recursal Cível. Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann. DJ. 27.03.2008.

¹²³⁴ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. RI 71001894088. Segunda Turma Recursal Cível. Rel. Juíza Vivian Cristina Angosese Spengler. DJ 24.06.2009 e; TJRS. RI 71002759306. Segunda Turma Recursal Cível. Rel. Juíza Vivian Cristina Angosese Spengler. DJ 13.04.2011.

¹²³⁵ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70018300707. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo. DJ 04.04.2007.

¹²³⁶ A título exemplificativo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: TJRS. AC 70039197926. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 24.11.2010; TJRS. AC 70042422709. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Isabel Dias Almeida. DJ 18.05.2011 e; TJRS. AC 70040043978. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ney Wiedemann Neto. DJ 26.05.2011. Por oportuno, v. ainda o repertório jurisprudencial apresentado no trabalho de Schmitt quanto à proteção do consumidor idoso (SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 70, abril-junho de 2009, p. 152 *et seq.*).

¹²³⁷ Nesse sentido: “É nula a transação de direitos que exige do consumidor vantagem manifestamente excessiva, oferecida por fornecedor que *se prevaleceu da idade e da condição social do beneficiário* para obter a adesão ao acordo. Inteligência dos arts. 39, IV, V, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e 166, II, e 187 do

Por fim, é oportuno destacar a aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva em “reforço de eficácia” à regulação casuística sobre práticas/cláusulas contratuais leoninas (CDC, art. 39, I, X, XI c/c art. 51, I, II, X, XII etc.)¹²³⁸, permitindo-se ainda, como na hipótese de “restrição abusiva de direitos”, a extensão da proteção jurídica aos “quase iguais” do sistema civil/empresarial, como ocorre, p. ex., nos contratos entre produtores de fumo e a indústria fumageira (promessa de compra e venda de fumo)¹²³⁹.

4.3. Considerações finais: a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva e a atualização do CDC

Para encerrar o presente estudo coloca-se uma questão fundamental: a existência de um processo de atualização do CDC representa uma oportunidade de aprimoramento na utilização das cláusulas gerais – sobretudo a cláusula de proibição de vantagem excessiva (art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º) – como instrumentos de correção do abuso nas relações de consumo do Século XXI? Em razão do que foi até aqui exposto quanto à importância das cláusulas gerais para a funcionalidade do direito privado contemporâneo (sobre a potencialidade dessas normas abertas em relação ao aprimoramento do sistema legal)¹²⁴⁰ parece difícil sustentar a tese de que uma atualização legislativa, não obstante estar marcada

Código Civil vigente” – grifou-se (TJRS. AC 70018300707. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo. DJ 04.04.2007).

¹²³⁸ Vale citar novamente o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “4. Nos condomínios edifícios comerciais e/ou residenciais, onde o consumo total de água é medido por um único hidrômetro, a fornecedora não pode multiplicar o consumo mínimo pelo número de unidades autônomas, devendo ser observado, no faturamento do serviço, o volume real aferido (...) 6. São direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços e a efetiva prevenção/reparação de danos patrimoniais (CDC, art. 6º, IV e VI), sendo vedado ao fornecedor condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, *exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços (CDC, art. 39, I, V e X)*” (STJ.REsp 655.130/RJ. rel. Min. Denise Arruda. DJ 28.05.2007) – grifou-se.

¹²³⁹ Nessa hipótese, salvo melhor juízo, é perceptível a assimetria de posições jurídicas entre os sujeitos da relação mercantil, muito embora o produtor, em sua posição de vulnerabilidade, não seja um destinatário final (um consumidor padrão). Assim, entende-se como possível – com as mesmas ressalvas feitas aos contratos de *franchising* e de locação em *shopping center* – a extensão da proteção jurídica do CDC aos produtores de fumo em caso de exercício abusivo da posição jurídica pela indústria fumageira (CDC, art. 7º, *caput* c/c art. 29). Contudo, vale o registro de que não parece ser esse o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja interpretação apegar-se mais ao critério da destinação final (finalismo tradicional) do que ao da presença de concreta vulnerabilidade (finalismo aprofundado). A título exemplificativo, v. o seguinte julgado: TJRS. AC 70039294343. Décima Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Victor Luis Barcellos Lima. DJ 27.06.2013.

¹²⁴⁰ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2).

pelo sentido de reforço da regulação casuística¹²⁴¹, possa representar um desprestígio à aplicação das cláusulas gerais.

Nesse sentido, Leonardo Roscoe Bessa, por ocasião do *XI Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor (A Atualização do Código de Defesa do Consumidor)*, promovido pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), observou que, não obstante o processo de atualização do CDC, um dos grandes desafios da jurisprudência brasileira nos tempos atuais é justamente o de continuar a construir o sentido das cláusulas gerais às novas realidades de consumo¹²⁴². De fato, é importante destacar que as funções de mobilidade intra e extra-sistemática das cláusulas gerais – além da especial função de “reforço de eficácia” à regulação casuística – em nada contrastam com o objetivo maior da atualização do CDC: a promoção de um “reforço tridimensional”, i. e., que se estabelece na base constitucional, na base ético-inclusiva e solidarista e na base da confiança, efetividade e segurança jurídica da lei consumerista¹²⁴³.

Assim, parece de todo evidente que a aprovação de normas casuísticas a serem incorporadas ao CDC não representa uma ameaça à utilidade das cláusulas gerais, sobretudo à cláusula geral de proibição de vantagem excessiva. Em primeiro lugar, porque a principal finalidade das cláusulas gerais é a regulação dos “casos-limite” (situações não previstas casuisticamente na lei)¹²⁴⁴; em segundo lugar, porque mesmo para a aplicação da nova

¹²⁴¹ Segundo a Comissão Especial de Juristas, nomeada pelo Senado Federal para a elaboração dos projetos de atualização do CDC, a busca pela maior confiança na efetividade e segurança jurídica do Código (um dos objetivos da atualização) exige maior “previsibilidade e segurança para consumidores e fornecedores” e implica, por isso mesmo, a criação de “regras materiais claras e imperativas” (BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. *et al. Relatório-Geral*. Comissão de Juristas de Atualização do CDC (Extrato). Brasília: Senado Federal. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em 26 nov. 2012, p. 25-26. A “previsibilidade” e a “clareza”, como já se observou, são próprias da linguagem normativa do tipo casuístico, pelo que a proposta de atualização do CDC, embora preveja a inclusão de importantes conceitos normativos indeterminados (e. g. “mínimo existencial”), objetiva “tratar adequadamente de temas que não mereceram atenção quando editado e criado o CDC há 20 anos” (*Ibidem*, p. 19). Os trabalhos da comissão resultaram, em 2012, na criação dos seguintes Projetos de Lei: PLS N° 281/2012 (a proteção dos consumidores no comércio eletrônico); PLS 283/2012 (a prevenção e o tratamento adequado aos consumidores superendividados) e; PLS N° 282/2012 (atualização das normas sobre a tutela judicial coletiva dos consumidores). O texto dos projetos de lei está disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/>>. Acesso em 14 jan. 2013.

¹²⁴² Palestra “Jurisprudência de Consumo: Desafios da Massificação”, apresentada em 25 de maio de 2012 na cidade de Natal/RN.

¹²⁴³ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. *et al. Relatório-Geral*. Comissão de Juristas de Atualização do CDC (Extrato). Brasília: Senado Federal. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em 26 nov. 2012, p. 21 *et seq.*

¹²⁴⁴ Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2).

regulação casuística do CDC o juiz pode se valer das cláusulas gerais em sua função de “reforço de eficácia”¹²⁴⁵, fortalecendo ainda mais sua fundamentação decisória – e o próprio sistema jurídico de proteção dos consumidores – a partir do “preenchimento de significado” da norma segundo os valores e normas constitucionais¹²⁴⁶.

Por derradeiro, cumpre apresentar a terceira e última razão em prol da utilidade da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva em tempos de atualização do CDC: as práticas abusivas nos temas da atualização (o comércio eletrônico e a relação dos fornecedores com os consumidores hipervulneráveis pelo superendividamento)¹²⁴⁷, não obstante a oportunidade da regulação casuística, já encontram nessa cláusula geral seu atual fundamento jurídico de correção.

Vale dizer que não se pode sustentar a existência de *lacuna* do sistema de proteção aos consumidores quanto à correção de práticas abusivas em situações vinculadas aos temas de atualização do CDC (sobretudo, ao tema do comércio eletrônico)¹²⁴⁸. Há, por certo, ausência de regulação casuística, cuja previsão no CDC é muitíssimo oportuna¹²⁴⁹, especialmente para a prevenção e tratamento dos consumidores superendividados¹²⁵⁰. Mas essa ausência, por

¹²⁴⁵ A título exemplificativo, constitui *vantagem excessiva* (CDC, art. 51, IV e §1º, III) a manutenção dos contratos acessórios de crédito (e. g. a dívida no cartão de crédito) junto ao consumidor que exerce direito de arrependimento em relação à aquisição/utilização de produto ou serviço por meio eletrônico (PLS Nº 281/2012, art. 49, §4º).

¹²⁴⁶ Oportuno relembrar a lição de Larenz (Cf. Capítulo 3, subitem 3.2.1), segundo a qual a concreção das cláusulas gerais pode realizar um “desenvolvimento do Direito superador da lei”, no sentido de que transcende a moldura legal, embora deva estar “...em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a ‘ordem de valores’ conforme à Constituição” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 588 *et seq.*).

¹²⁴⁷ O superendividamento, fenômeno global na sociedade de consumo contemporânea, caracteriza-se pela situação de boa-fé do consumidor devedor, fato que legitima sua posição de hipervulnerabilidade em razão de sua “*condição social*” (CDC, art. 39, IV). Sobre o tema, v., por todos: MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do Consumidor Endividado**. Superendividamento e Crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 247-251.

¹²⁴⁸ No mesmo sentido v. SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 55, julho-setembro de 2005, p. 83 *et seq.*

¹²⁴⁹ Registre-se a existência de opiniões contrárias à necessidade de atualização do CDC. Nesse sentido v. RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **A proposta de “atualização” do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdorizzattonunes/blog/2011/04/04/a-proposta-de-atualizacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em 07 set.2012.

¹²⁵⁰ A regulação casuística, sobretudo no tema da prevenção e tratamento dos consumidores superendividados, é fundamental para uma adequada proteção desses grupos hipervulneráveis, pois a complexidade do fenômeno – e mesmo da forma de preveni-lo ou solucioná-lo – exige normas de conteúdo mais específico, capazes de possibilitar maior clareza e previsibilidade. Não há, nessa ideia, desprestígio à proposta de regulação casuística do comércio eletrônico, cuja existência é também oportuna pelas particularidades do meio eletrônico de contratação e pela existência da conexão contratual (Cf. análise realizada na Parte I, Capítulo 1, subitem 1.2.1). Contudo, compreende-se que o controle judicial das questões envolvendo o comércio eletrônico se ajusta

óbvio, não torna inoperante o sistema de proteção dos consumidores, já que a presença das cláusulas gerais – e, especificamente, da cláusula de proibição de vantagem excessiva, pela generalidade e amplitude que a caracteriza (CDC, art. 51, §1º, I, II e III) – confere ao juiz, no limites e em razão da ordem jurídico-constitucional, o poder de concretizá-la adequadamente para a correção dessas práticas abusivas¹²⁵¹.

Assim, supondo que ocorra, ao final do processo legislativo, um indesejado retrocesso quanto à regulação casuística estabelecida nos projetos de atualização do CDC, tal fato não representaria o absoluto “engessamento” da proposta de atualização, já que a lei consumerista continuaria a ser o que é: um microsistema jurídico aberto, capaz de receber e regular as novas realidades de consumo pela concreção de suas cláusulas gerais e, ainda, de garantir a efetividade da ordem jurídico-constitucional brasileira no tocante à proteção dos consumidores.

melhor à utilização de normas abertas do que as questões envolvendo o superendividamento dos consumidores pessoas físicas.

¹²⁵¹ Sobre a adequada utilização das cláusulas gerais, observa Aguiar Júnior que “...a cláusula geral impõe ao julgador o uso de um técnica judicial especial de julgar, estando o seu exercício limitado pelo ordenamento constitucional; o desempenho arbitrário ou omissivo gera a responsabilidade social do juiz” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 18, 2000, p. 228).

CONCLUSÃO (TESES)

O presente trabalho buscou analisar o conceito de desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo, bem como a possibilidade de se corrigir uma das espécies desse desequilíbrio – o exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores – por meio da concreção judicial da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva prevista no Código de Defesa do Consumidor (art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º). O conceito de desequilíbrio excessivo está associado a uma relação jurídica típica, a relação *de consumo* – razão pela qual se estabeleceu um cuidadoso estudo acerca de seus pressupostos fático-normativos e dos elementos constitutivos de sua tipicidade – cuja característica fundamental, o sinalagma, compreende a existência de uma realidade reconhecida e tolerável pela ordem jurídica, i. e., de um desequilíbrio *estrutural* (intrínseco) nas posições jurídicas ocupadas por seus sujeitos.

Assim, e visto sob a ótica da posição de *vulnerabilidade* dos consumidores, o conceito de desequilíbrio excessivo pode ser compreendido como situação que rompe com o “equilíbrio mínimo” da relação de consumo – o equilíbrio a partir (e em razão) do estado de desequilíbrio estrutural – e se mostra capaz de violar a confiança objetivamente depositada pelos sujeitos vulneráveis na adequação/segurança de produtos e serviços, na preservação da bilateralidade (equivalência econômica) do contrato ou na atuação regular (sem abuso) dos fornecedores no mercado. O exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores é, portanto, uma das espécies de desequilíbrio excessivo da relação de consumo e sua correção, pelo atual sistema jurídico de proteção dos consumidores, pode ser feita por meio da concreção judicial de normas abertas (as *cláusulas gerais*) previstas no CDC, dentre as quais se destaca a chamada cláusula geral de proibição de vantagem excessiva.

A seguir, são apresentadas as teses sobre o exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no CDC:

1. O exercício abusivo da posição jurídica dos consumidores não se confunde com as demais espécies de desequilíbrio excessivo da relação de consumo.

Não se pode confundir o abuso da posição jurídica dos fornecedores: a) com as situações que decorrem dos vícios de inadequação (incidentes de consumo) ou insegurança (acidentes de consumo), pois tais situações, embora estabeleçam responsabilidade aos fornecedores como resultado da violação objetiva de deveres legais (“as garantias de adequação e segurança”), não têm como causa a atuação abusiva dos fornecedores, mas a própria imperfeição do sistema massificado de produção/prestação de produtos e serviços, cujo risco deve ser suportado pela cadeia de fornecimento; b) com as situações de onerosidade excessiva superveniente da prestação contratual, pois decorrem sempre de fato posterior à contratação, cuja existência não se pode imputar aos fornecedores, e que compromete a bilateralidade (equivalência econômica) contratual em seu “sinalagma funcional”; já o abuso dos fornecedores, quando relacionado ao desequilíbrio econômico da prestação contratual, costuma ocorrer na fase de formação do contrato, comprometendo a bilateralidade (equivalência econômica) contratual em seu “sinalagma genético” (embora os efeitos do abuso sejam percebidos pelos consumidores, regra geral, na fase de cumprimento do contrato).

2. O exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores relaciona-se com o instituto do abuso do direito (CC, art. 187), mas com este não se confunde.

A análise adequada do exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores pressupõe a compreensão a respeito do instituto conhecido como “abuso do direito” (ou “exercício inadmissível de direitos”). No direito privado brasileiro, o abuso do direito foi expressamente reconhecido como ilícito civil objetivo, reunindo, no suporte fático do art. 187 do Código Civil de 2002, os limites objetivos ao exercício dos direitos e poderes subjetivos em geral (fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes). Nesse sentido, o art. 187 estabelece as pautas gerais acerca do controle das situações de abuso no sistema jurídico brasileiro e, por conta disso, fornece ao Direito do Consumidor um *conceito geral de abusividade*, cujos elementos formam a “base mínima” para a compreensão do conceito de abusividade nas relações de consumo. Vale dizer que a realidade das práticas abusivas no mercado de consumo não pode ser totalmente explicada pelo conceito geral civilista, pois não se estabelece em relações jurídica paritárias – como pode ocorrer nas relações privadas em geral – e não está associada ao exercício de apenas um determinado direito subjetivo, mas de

todas as prerrogativas (direitos, liberdades, poderes) inerentes a uma posição jurídica mercadológica (dominante).

3. A presença de cláusulas gerais no CDC revela que esta lei é representativa do contemporâneo sistema jurídico de direito privado, um sistema estruturalmente aberto e axiologicamente vinculado ao paradigma da constitucionalização do direito.

A presença de cláusulas gerais nas codificações privadas – com destaque, no Brasil, para o Código Civil de 2002 e o CDC – representa uma decisão de “política legislativa” no sentido de permitir maior intervenção judicial na construção (e atualização) do sentido das normas (princípios e regras) componentes do sistema jurídico, reconhecendo-se a atividade judicial como autêntica fonte de produção jurídica, em complemento à obra legislativa que, por natureza, caracteriza-se pela incompletude e transitoriedade de sua regulação casuística diante dos novos (e cada vez mais velozes) fatos da vida social. A cláusula geral é uma técnica legislativa que, ao contrário da técnica casuística (Engisch), apresenta linguagem intencionalmente vaga (imprecisa), no intuito de possibilitar a aplicação da lei a novas realidades sociais não previstas pelo legislador (os “casos-limite”). A aplicação das cláusulas gerais privilegia o raciocínio por *concreção*, segundo o qual o juiz constrói, a partir do caso concreto, o sentido da norma para aquela situação, levando em conta determinados métodos hermenêuticos (grupo de casos, finalidade concreta da norma, valoração dos resultados da decisão, pré-compreensão e consenso), cuja utilização deve se dar, sob pena de injustificado subjetivismo na interpretação legal, nos limites (e em razão) da ordem jurídico-constitucional.

Assim sendo, a presença de cláusulas gerais nas contemporâneas codificações privadas brasileiras (Código Civil de 2002 e CDC) evidencia que estas leis são expressões de um sistema de direito privado pretense à abertura (e mobilidade) sistemática, ao menos no aspecto estrutural. Contudo, esse aspecto não é suficiente para traduzir o significado do contemporâneo sistema de direito privado, pois as modernas codificações (*e. g.* Código Civil 1916) também continham cláusulas gerais, embora o código fosse compreendido como uma lei axiologicamente auto-referente. Ao contrário, o significado da abertura e mobilidade do sistema de direito privado na contemporaneidade vai além do aspecto estrutural, concentrando-se, sobretudo, no aspecto axiológico-funcional: as codificações privadas contemporâneas (ou pós-modernas) mantêm sua função sistematizadora, típica da modernidade jurídica, mas perdem a auto-referência axiológica para a Constituição, no

sentido de promover a eficácia dos princípios e direitos fundamentais da pessoa humana (o chamado paradigma da “constitucionalização do direito”).

No caso do CDC, lei principiológica de matriz constitucional (CF, art. 5º, XXXII c/c ADCT, art. 48), o aspecto axiológico-funcional torna-se ainda mais evidente e a aplicação das cláusulas gerais, além de recepcionar no texto legal as novas realidades de consumo, destina-se à promoção da ordem jurídico-constitucional de proteção dos consumidores. Vale dizer que a ordem constitucional limita – e, ao mesmo tempo, “preenche” – o significado (conteúdo) da cláusula geral, implicando na escolha do melhor resultado (efeito útil) de proteção dos consumidores (princípio *favor debilis*), inclusive com o necessário “diálogo das fontes” entre CDC e legislação infraconstitucional (CDC, art. 7º, *caput*).

4. A cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, prevista no CDC, é a cláusula fundamental de correção dos abusos nas relações jurídicas de consumo, sobretudo dos que ocorrem na prestação de serviços.

O CDC possui cláusulas gerais de tipo restritivo, que se destinam, de modo especial, à correção do exercício abusivo da posição jurídica dos fornecedores. Algumas possuem âmbito específico de incidência, como as de restrição da publicidade abusiva (art. 37, §2º) e do abuso da personalidade jurídica empresarial (art. 28, §5º); outras, porém, têm âmbito de incidência abrangente, destacando-se, nesta hipótese, aquela que é compreendida como cláusula fundamental de correção do abuso nas relações de consumo: a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva.

Com efeito, entende-se que a cláusula é “fundamental” porque seu conteúdo, construído a partir dos critérios hermenêuticos do art. 51, §1º do CDC, abrange o âmbito de todas as cláusulas gerais para a correção do abuso (boa-fé, bons costumes, função social e econômica, equidade, lesão enorme etc.) e, nesse sentido, objetiva a proteção da globalidade dos direitos/interesses dos consumidores, i. e., dos direitos/interesses “mediata” e “imediatamente” econômicos. Em outros termos, significa, em primeiro lugar, que há uma relação de complementaridade entre a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva e as cláusulas de boa-fé objetiva, equidade, função econômica e social, bons costumes e lesão enorme, na medida em que a concreção da primeira – segundo os critérios legais fixados no art. 51, §1º - passa pela concreção dessas; em segundo lugar, que a concreção da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva alcança todas as hipóteses de abuso, já que a “vantagem excessiva” não tem somente uma dimensão patrimonial (de ofensa e

direitos/interesses imediatamente econômicos, relativos ao valor (preço) da remuneração dos consumidores), mas também, existencial (de ofensa a direitos/interesses mediamente econômicos, relativos ao acesso a bens jurídicos existenciais e/ou a informações adequadas e claras sobre o produto e serviços, condições de contratação etc.)

O campo de aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva é o das *práticas abusivas em geral*, que compreende: a) as práticas pré-contratuais: a publicidade abusiva (CDC, art. 37, §2º) e certas práticas previstas no art. 39 (p. ex., nos incisos I, II e III); b) as práticas contratuais: dizem respeito ao conteúdo contratual abusivo (CDC, art. 51 a 53; art. 39, XII) e; c) as práticas pós-contratuais: decorrem dos efeitos de um contrato de consumo (CDC, arts. 39, VII; 32; 42, 43 etc.). Nesse sentido, nota-se que enunciado normativo da cláusula geral desdobra-se em dois dispositivos no CDC: o que determina a correção da prática de exigir uma “vantagem manifestamente excessiva” do consumidor (CDC, art. 39, V) e o que determina a correção do conteúdo contratual capaz de colocar o consumidor em posição de “desvantagem exagerada” (CDC, art. 51, IV). Aqui, importa observar que não são duas cláusulas gerais distintas, mas dois dispositivos legais que, reunidos sistematicamente na lei, compõem o sentido de um único enunciado normativo, i. e., de uma única cláusula geral com um único fundamento hermenêutico (CDC, art. 51, §1º), razão pela qual podem ser aplicados indistintamente na correção de práticas pré-contratuais, contratuais ou pós-contratuais de consumo.

Por fim, deve-se mencionar que pesquisa realizada nos sites do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Superior Tribunal de Justiça revelou um dado importante na aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, confirmando, de certo modo, a ideia segundo a qual a sociedade de consumo contemporânea valoriza, além do acesso aos bens imateriais, a prestação de serviços em geral, refletindo-se essa tendência no crescente número de demandas judiciais envolvendo a prestação e consumo de serviços. Com efeito, a totalidade dos julgados pesquisados no presente trabalho está relacionada à correção de práticas abusivas envolvendo *serviços* como planos de saúde e de previdência privada, serviços odontológicos, educacionais, bancários, de cartões de crédito, de financiamento para aquisição de bens duráveis, securitários, de telecomunicações, de água e de energia elétrica. Esse dado, bastante significativo, permite concluir no sentido de que a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, não obstante se destine às relações de consumo em geral, possui grande utilidade,

sobretudo como cláusula fundamental para a correção das práticas abusivas envolvendo prestação e consumo de *serviços*.

5. O conteúdo da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva deve ser construído a partir dos critérios hermenêuticos do art. 51, §1º e incisos do CDC.

O legislador do CDC, inspirado no §9º (2) da AGBGesetz/1976 (Lei Alemã para o Regulamento das Condições Gerais dos Negócios), estabeleceu três critérios hermêuticos para a concreção judicial da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva (art. 39, V c/c art. 51, IV). São “presunções de vantagem”, hipóteses legais de enorme amplitude, que permitem: a) na hipótese do inciso I, a realização de uma “mobilidade intra-sistemática” a partir de fundamentação decisória do juiz pelos princípios e valores constitucionais; b) nas hipóteses dos incisos II e III: *b.1.* a realização de uma “mobilidade externa” do sistema pela aplicação da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva a situações não reguladas casuisticamente (assumindo aqui utilidade, com as ressalvas já apresentadas, o método do “grupo de casos”)¹²⁵² e; *b.2.* a realização da especial função de “reforço de eficácia” dessa cláusula geral para a regulação casuística sobre práticas abusivas no mercado de consumo.

Em suma – e considerando os valores e a teleologia que norteiam a experiência jurídica de proteção dos consumidores no contexto do atual sistema de direito privado brasileiro – entende-se que os critérios hermenêuticos do art. 51, §1º do CDC devem ser assim interpretados:

5.1. Critério de “mobilidade interna” do sistema jurídico:

5.1.1. Presume-se excessiva a vantagem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico (CDC, art. 51, §1º, I): Na perspectiva de “diálogo” com o art. 187 do Código Civil de 2002 percebe-se que a função da critério previsto no inciso I é a proteção dos *bons costumes* como limite ao exercício abusivo de posição jurídica. É abusiva a vantagem que ofende os princípios fundamentais do contemporâneo sistema de direito privado brasileiro, regido pelo paradigma da *constitucionalização do direito* e identificado, sobretudo no campo das relações obrigacionais, por uma harmonia principiológica, mesmo entre leis destinadas a regulação de sujeitos em posições jurídicas iguais ou “quase-iguais” (CC/2002) e aquelas destinadas à regulação de sujeitos em posições jurídicas diferentes (CDC). A cláusula geral de

¹²⁵² Cf. análise realizada no Capítulo 3 (subitem 3.2.1).

proibição de vantagem excessiva apresenta-se, aqui, como cláusula de proteção dos *bons costumes*, i. e., dos princípios e direitos fundamentais da pessoa humana, considerados o núcleo dos valores objetivamente dominantes na sociedade brasileira.

A proteção dos *bons costumes* alcança, em primeiro lugar, os próprios consumidores (CDC, art. 51, XV) e, em segundo lugar (CDC, art. 7º, *caput* c/c art. 29), os civis em comprovada posição de vulnerabilidade (os “quase iguais” do sistema civil/empresarial).

5.2. Critérios de “mobilidade externa” do sistema jurídico:

5.2.1. Presume-se excessiva a vantagem capaz de ameaçar o objeto e equilíbrio contratual (CDC, art. 51, §1º, II): É abusiva a vantagem que, representando uma “restrição abusiva de direitos”, ameaça ou efetivamente compromete o objeto contratual, i. e., a *finalidade* do contrato para os consumidores em vista da proteção de suas legítimas expectativas (seus interesses patrimoniais e existenciais). Em outros termos, a vantagem excessiva se traduz na restrição de um direito inerente à própria finalidade do contrato, que sonega do consumidor a obtenção de bem jurídico que ele está autorizado a esperar (*e. g.* a cobertura do seguro ou do plano de saúde, o ganho estimado de capital prometido pelo banco etc.). Se a restrição de direitos não tem essa natureza pode-se dizer que é permitida, desde que adequadamente informada ao consumidor (CDC, art. 54, §4º).

A vantagem excessiva por restrição de direitos é prática abusiva que compromete a *função econômica e social* do contrato (CC, art. 187 c/c art. 421) – de ser fator necessário à circulação de riquezas na economia capitalista e, ao mesmo tempo, instrumento promocional de acesso a bens jurídicos essenciais à dignidade da pessoa humana – e se traduz em conduta contrária à *boa-fé objetiva* (CDC, art. 51, IV), i. e., como violação de certos deveres anexos que afeta interesses patrimoniais mas, sobretudo, *existenciais* de consumidores que, não raras vezes, encontram-se em estado de vulnerabilidade agravada ou *hipervulnerabilidade* (CDC, art. 39, IV). Aqui, um bom exemplo são os julgados envolvendo restrição de direitos em *planos de saúde* (as negativas de cobertura, a restrição do tempo de internação hospitalar, a exclusão de atendimento por atraso no pagamento de uma única parcela etc.).

Além da aplicação a situações não reguladas casuisticamente na lei deve-se destacar, por fim: a) que a cláusula de restrição abusiva de direitos (CDC, art. 39, V c/c art. 51, IV e §1º, II) pode ser aplicada também como um “reforço de eficácia” às normas casuísticas de

controle das práticas de restrição abusiva de direitos (CDC, art. 39, I, II, IX, XII; art. 51, I, II, VIII, XI etc.) e; b) que sua aplicação pode ser estendida, em perspectiva de “diálogo” (CDC, art. 7º, *caput c/c* art. 29), à proteção dos “quase iguais” do sistema civil/empresarial.

5.2.2. Presume-se excessiva a vantagem que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor (CDC, art. 51, §1º, III): A onerosidade excessiva a que se refere a norma em comento não é o resultado de uma restrição abusiva de direitos – situação que está implícita na hipótese do inciso II – mas a excessiva desproporção econômica do valor (preço) da prestação assumida pelo consumidor. Vale dizer que a hipótese prevista no inciso III privilegia a proteção dos interesses patrimoniais (ou “imediatamente econômicos”) dos consumidores e, neste sentido, está relacionada especificamente à situação de “desproporção excessiva das prestações”, comprometendo o sinalagma da relação de consumo enquanto “bilateralidade” ou equivalência econômica do contrato.

Por oportuno, cabe observar que não se trata da situação de “onerosidade excessiva superveniente” da prestação contratual (como visto, uma das espécies de desequilíbrio excessivo da relação de consumo). Trata-se, ao contrário, de onerosidade cuja causa é a estipulação abusiva do conteúdo contratual, situação imputável aos fornecedores e que, do modo contrário à hipótese de onerosidade superveniente, ocorre na fase de formação do contrato de consumo, comprometendo seu “sinalagma genético”.

Assim sendo, a cláusula geral de proibição de vantagem excessiva, em “diálogo interno” com o art. 6º, V, 1ª Parte do CDC, apresenta-se como cláusula geral de *lesão enorme* no Direito do Consumidor, i. e., como norma de correção dos preços abusivos em contratos de consumo, as chamadas cláusulas *leoninas*. A concreção da cláusula geral de lesão enorme, na medida em que admite, pelo menos, duas soluções diversas no CDC – a extinção pela nulidade (art. 51) e a preservação da eficácia pela modificação do contrato (art. 6º, V, 1ª Parte) – deverá se dar a critério do juiz que, segundo “a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (CDC, art. 51, §1º, III), optará pela solução capaz de trazer o resultado mais favorável ao consumidor (princípio *favor debilis*).

Na jurisprudência brasileira é significativo o número de casos envolvendo a proteção dos consumidores contra cláusulas contratuais/prática de mercado leoninas, situações que envolvem, não raras vezes, consumidores em estado de vulnerabilidade agravada ou “hipervulnerabilidade” (CDC, art. 39, IV). Aqui, podem ser citados os abusos praticados nos *serviços financeiros* (bancários, de cartões de crédito, de financiamento para aquisição de bens duráveis, securitários e de previdência privada) e nos *planos de saúde*, através dos conhecidos reajustes abusivos de preços em razão da mudança de faixa etária.

Além da aplicação a situações não reguladas casuisticamente na lei deve-se destacar, por fim: a) que a cláusula geral de lesão enorme (CDC, art. 6º, V, 1ª Parte c/c art. 39, V e 51, IV, §1º, III) pode ser aplicada também como um “reforço de eficácia” à regulação casuística sobre práticas/cláusulas contratuais leoninas (CDC, art. 39, I, X, XI c/c art. 51, I, II, X, XII etc.) e; b) que sua aplicação pode ser estendida, em perspectiva de “diálogo” (CDC, art. 7º, *caput* c/c art. 29), à proteção dos “quase iguais” do sistema civil/empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 14, p. 20-27. 1995.

_____. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994.

_____. **Extinção dos Contratos por Incumprimento**. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide. 2004.

_____. Interpretação. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 16 (n. 45), p. 07-20, março de 1989.

_____. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, p. 55-68, Outubro-dezembro de 2003.

_____. Os contratos nos Códigos Cíveis Francês e Brasileiro. **Revista do CEJ**. Brasília, n. 28, p. 05-14, janeiro-março de 2005.

_____. (Org.). **Jornadas de Direito Civil – I, III e IV**. Enunciados Aprovados. Brasília: CJF. 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina. 1982.

ALPA, Guido. Nouvelles frontières du droit des contrats. **Revue internationale de droit comparé**. Paris. N. 4 (1), p. 1.015-1.030. 1998.

ALTERNI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto M. **La autonomía de la voluntad en el contrato moderno**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1989.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. História e fundamentos do direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 648, p. 31-45, outubro de 1989.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 06, 1993

_____. Os vícios dos produtos e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 341-358.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. V. I. (Sujeitos e Objecto). 3. Reimpressão. Coimbra: Almedina. 1972.

ANTUNES VARELA, João de Matos. O movimento de descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 499-531.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Direito Processual. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 59-69, abril-junho de 2004.

_____. **Direito Civil** - V. 3 (Teoria Geral. Relações e Situações Jurídicas). 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 413-465.

_____. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 123-129, janeiro-março de 2000.

_____. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva. 2009.

AZEVEDO, Fernando Costa de. A relação de consumo como conceito jurídico fundamental no direito brasileiro do consumidor. In: AZEVEDO, Fernando Costa de. (Org.). **Temas de Direito do Consumidor**. Pelotas: Delfos. 2009, p. 11-38.

_____. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário. Argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 62, p. 86-123, abril-junho de 2007.

_____. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 68, p. 38-90, outubro-dezembro de 2008.

_____. **Defesa do Consumidor e Regulação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

_____. **Lições de Teoria Geral do Direito Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

_____. O desequilíbrio contratual provocado pela alteração superveniente da base negocial: a resolução e a revisão contratual por onerosidade excessiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica Empresarial**. Sapucaia, n. 16, p. 53-90, setembro-outubro de 2010.

_____. O direito do consumidor e a questão ambiental. In: LOBATO, Anderson O. Cavalcante; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; LONDERO, Josirene Candido. **Direito e Sociedade na América Latina do Século XXI**. Pelotas: Editora e Gráfica Univeristária/UFPel. 2009, p. 345-354.

_____. Os desequilíbrios gerados por vantagem e onerosidade excessivas no Direito do Consumidor e a possibilidade de aplicação do *Diálogo das Fontes* entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 307-352.

_____. O reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. In: **I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica (Anais) - V.1**. Pelotas: Editora e Gráfica Universitária (UFPel).

_____. Sociedade de consumo: da origem moderna à configuração contemporânea ou pós moderna. (prelo).

_____. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 69, p. 32-86, janeiro-março de 2009.

_____; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 85, p. 209-260, janeiro-fevereiro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXXI, p. 233-289, 2005.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições70, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Claudia M. Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Vida para Consumo**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.

BECK, Ulrich. **O que é a globalização?** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra. 1999.

BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 22, p. 123-134, abril-junho de 1997.

BELL, Daniel. **The Coming of Post-Industrial Society**. New York: Basic Books. 1999.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção Contratual do Consumidor**. Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

BENETI, Sidnei. O “fator STJ” no direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 79, p. 11-44, julho-setembro de 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. El derecho del consumidor (Trad. Instituto Nacional del Consumo – España). In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 89-111.

_____. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Organizadores). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor - V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 97-132.

_____. MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

_____.; _____.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____.; et al. **Relatório-Geral**. Comissão de Juristas de Atualização do CDC (Extrato). Brasília: Senado Federal. 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/extrato_relatorio_final.pdf>. Acesso em 26 nov. 2012.

BERTHIAU, Dennis. **Le principe d'égalité et le droit civil des contrats**. Paris: LGDJ. 1999.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Diálogo das fontes* no Direito do Consumidor: a visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 183-204.

_____. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 61, p. 126-142, janeiro-março de 2007.

_____. **Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Seconda Ristampa Inalterata. Milano: Giuffrè, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2001.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Milano: Edizioni di comunità. 1977.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB. 1997.

BONATTO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor**. Cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

_____.; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

BOSELLI, Aldo. **La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità**. Torino: Torinese. 1952.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. Trad. Maria Henriqueta A. F. Lobo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 06, p. 07-16, abril-junho de 1993.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. 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, outubro-dezembro de 2002.

BUFFA, Alberto. Di alcuni principi interpretativi in matéria di risoluzione per onerosità eccessiva. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno XLVI (Parte Seconda), p. 53-61, 1948.

CALAIS-AULOY, Jean. L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**. Paris, n. 51 (1), p. 115-119, janvier-mars/1998.

_____. **Propositions pour un code de la consommation** (rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre). [S.I.:s.n.]. Avril/1990.

_____. Un Code, un Droit. In: CALAIS-AULOY, Jean; CAUSSE, Hervé. **Après le Code de la Consommation. Grands problèmes choisis** (Cet ouvrage a été publié avec le concours du Centre de Droit des Affaires de l'Université de Reims), n. 19, Paris: Librairie de la Cour de Cassation. 1995, p. 11-19.

CALMON, Eliana. As gerações de direitos e as novas tendências. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 39, p. 41-48, julho-setembro de 2001.

CAMARGO, Margarida. M. Lacombe. O princípio da proporcionalidade sob uma perspectiva hermenêutica e argumentativa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 1 (n.3), p. 215-240, 2005.

CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. **A equidade no direito contratual: uma contribuição para o debate sobre o tema**. 2010. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina. 2006.

_____. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 1993.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António C. P. Contrato e deveres de protecção. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXXVIII, p. 11-295, 1994.

_____. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina. 2004.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

CAS, Gérard; FERRIER, Didier. **Traité de Droit de la Consommation**. Paris: Presses Universitaires de France. 1986.

CASSANO, Giuseppe (a cura di). **Commercio Elettronico e Tutela del Consumatore**. Milano: Giuffrè. 2003.

CASTELLS, Manuel. **The Information Age: Economy, Society and Culture**. V. I. (*The Rise of the Network Society*). Second Edition. Wiley-Blackwell. 2011.

CASTRO, Torquato. **Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional**. São Paulo: Saraiva. 1985.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008.

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 2001.

CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnérabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 243-276.

CHIAVENATO, Júlio José. **Ética globalizada & Sociedade de consumo**. 2. ed. São Paulo: Moderna. 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. V. 3. São Paulo: Saraiva. 2005.

COMPARTATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo de direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 79, n. 79, p. 27-46, janeiro-março de 2011.

CORDEIRO, Carolina Souza. O comportamento do consumidor e a antropologia da linguagem. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 84, p. 45-69, outubro-dezembro de 2012.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, julho-setembro de 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1976.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 655, p. 07-11, maio de 1990.

_____. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 667, p. 07-16, maio de 1991.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 40, p. 128-138, julho de 1987.

CUNHA, Alexandre Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 230-264.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. **Revista de AJURIS**. Porto Alegre, n. 60 (Ano XXI), p. 129-142, março de 1994.

DE LUCCA, Newton. **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva. 2003.

DELFINI, Francesco. **Autonomia Privata e Rischio Contrattuale**. Milano: Giuffrè. 1999.

DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 48, p. 161-195, outubro-dezembro de 2003.

DELL'UTRI, Marco. Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato). **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 3 (Anno XXXIX), p. 303-331, 1993.

DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1359-1372.

DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, p. 58-70, abril-junho de 2004.

DOSI, Laurence Klesta. Lo *status* del consumatore: prospettive di diritto comparato. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 6. Anno XLIII, p. 667-687, novembre-dicembre/ 1997.

DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 87-136.

_____. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 125-160.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights seriously**. Cambridge: Harvard Univ. Press. 1977.

EFING, Antônio Carlos. Direito do consumo e direito do consumidor: reflexões oportunas. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba, v. 1, p. 103-120, março de 2011.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.

_____. **La idea de concreción en el derecho y en la ciência jurídica actuales**. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra. 1968.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 171-218.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. Implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros. 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 41, São Paulo, p. 81-95, janeiro-março de 2002.

FAVIER, Yann. A inacalçável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Trad. Vinícius Aquini e Káren Rick D. Bertocello. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 85, p. 16-24, janeiro-fevereiro de 2013.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e Pós-Modernismo**. Trad. Júlio Assis Simões. São Paulo: Nobel. 1995.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. O Abuso do Direito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas. 2012.

FERRARA, Luigi. **Diritto Privato Attuale**. 2. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese. 1948.

FERREIRA DA SILVA, Luis 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.

_____. A lesão enorme e o Direito brasileiro. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1997, p. 90-108.

_____. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 08, p. 146-156, outubro-dezembro de 1993.

_____. **Reciprocidade e contrato**. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Trad. Luis S. Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1969.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consecration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique. **Vulnérabilité et droit**. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Presses Universitaires de Grenoble. 2000, p. 13-32.

FIN-LANGER, Laurence. **L'équilibre contractuel**. Paris: LGDJ. 2002.

FISSOTTI, Carlo. Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno LV. Gruppo 4°. N. 3-4, p. 102-138, Marzo-aprile/1957.

FLORES, André Stringhi; DOSSENA JÚNIOR, Juliano; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e Código de Defesa do Consumidor: um olhar a partir do princípio da precaução. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 50, p. 152-175, abril-junho de 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 547-570.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 3, p. 573-578, juillet-septembre/1995.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. V. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco. 2011.

GALLO, Paolo. Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, n. 2 (Anno XLVIII), p. 239-263, marzo-aprile/2002.

GAMBINO, Agostino. Eccessiva Onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno LVII. Gruppo 4° N. 1-2, p. 416-449, Gennaio-febraio/1960.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. Código comentado e jurisprudência. 8. ed. Niterói: Impetus. 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A atualidade da teoria do *status* de Georg Jellinek como estrutura para o sistema de posições fundamentais jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito (FMP-RS)**. Porto Alegre, n. 1, p. 34-72, 2007.

GHERSI, Carlos Alberto. Derecho e información. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil. V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 55-60.

_____. **La posmodernidad jurídica**. Buenos Aires: Gowa, 1995.

GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. **Archives de Philosophie du Droit**, Paris, t. 26, p. 35-57, 1981.

GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária**. À luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

GIORGETTI, Mariacarla. La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, n. 3 (Anno LIII), p. 761-791, luglio-settembre/1998.

GIONENNE, Achille. **L'impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza" – La dottrina della clausola *rebus sic stantibus***. Padova: Cedam. 1941.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC. 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense.

_____. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

_____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 5, p. 183-189, 1993.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito (USP)**. São Paulo, v. 96, p. 423-433, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001.

GRYNBAUM, Luc. La notion de solidarisme contractuel. In: GRYNBAUM, Luc; NICOD, Marc. **Le Solidarisme Contractuel** (Collection Études Juridiques Dirigée par Nicolas Molfessis). V. 18. Paris: Economica, p. 25-37.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi. 2001.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 70, p. 172-235, abril-junho de 2009.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Trad. Adail Sobral e Maria S. Gonçalves. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 29, janeiro-março de 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1998.

HOSBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos**. O breve século XX (1914-1991). 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

ILA - International Law Association/Committee on the International Protection of Consumers. **Resolution n. 4/2012 – Sofia Statement on the development of international principles on consumer protection.** Disponível em <<http://www.brasilcon.org.br/?pag=noticia&id=2770>>. Acesso em 12 set. 2012.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione.** Milano: Giuffrè. 1979.

_____. Le categorie giuridiche della globalizzazione. **Rivista di Diritto Civile.** Padova, n. 5 (Anno XLVIII), p. 625-635, settembre-Ottobre/2002.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Justicia Contractual.** Buenos Aires: Ediar. 1978.

JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne** (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye). Kluwer: Dordrecht, V. II, 1995.

_____. Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica. **Rivista di Diritto Civile.** Padova, n. 6, p. 813-827, 1997.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva. 2004.

JOSSERAND, Louis. A proteção aos fracos pelo direito. Trad. Francisco de Assis Andrade. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, v. 128, p. 363-368, março de 1950.

_____. **L'abus des droits.** Paris: Arthur Rousseau Éditeur. 1905.

KASER, Max. **Direito Privado Romano.** Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1999.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes. 1993.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1994.

KENNEDY, John F. Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest (March 15, 1962). In: Woolley, John T.; PETERS, Gerhard. **The American Presidency Project.** Santa Bárbara (Califória). Disponível em <<http://www.presidency.ucsb.edu>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações.** Estudos em Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 369-398.

KUHN, Adriana Menezes de Simão. O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 455-481.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones.** t. I. Trad. Jaime S. Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958.

_____. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas. 1993.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Trad. Alessandro Hirata. **Revista DireitoGV**. São Paulo, v. 2 (n.1), p. 55-64, janeiro-junho de 2006.

LASSERRE-KIESOW, Valérie. **La technique législative**. Étude sur les Codes Civils Français et Allemand. Paris: LGDJ. 2002.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do RS**. Porto Alegre, v. 27 (n. 57), p. 99-134, 2003.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RS**. Porto Alegre. v. 27 (n. 57), p. 99-134. 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

LIMONGI FRANÇA, R. **Princípios Gerais do Direito**. 2. ed. Revista dos Tribunais. 1971.

LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n. 159, p. 10-19, janeiro-março de 1985.

LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 61, p. 203-229, janeiro-março de 2007.

_____. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil - V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 95-114.

_____. 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. 187-195, abril-junho de 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 83-130.

_____. O aspecto distributivo do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 41, p. 140-150, janeiro-março de 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio Eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

_____. Esquema de una teoria sistematica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 33, janeiro-março de 2000, p. 33 *et seq.*

_____. **Fundamentos do Direito Privado**. Trad. Vera J. Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

_____.; MARQUES, Claudia Lima. **Contratos de servicios a los consumidores**. Buenos Aires/Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores.

LUZZATI, Claudio. **La vaghezza delle norme**. Un'analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè. 1990.

LYOTARD, Jean- François. **A condição pós-moderna**. 2. ed. Trad. José B. de Miranda. Lisboa: Gradiva. 1989.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2006.

MANDELBAUM, **Contratos de Adesão e Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

MARIGUETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistemático-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* do Direito. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 111-124.

_____. Proposta de leitura comparativa e sistemática do Código de Consumo Italiano. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 80, p. 13-47, outubro-dezembro de 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, p. 71-116, abril-junho de 2004.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *Studium Generale* sobre o consumidor como *homo novus*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 85, p. 25-63, janeiro-fevereiro de 2013.

_____. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, julho-setembro de 2002, p. 227-228.

_____. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 741, 11-37, julho de 1997.

_____. **Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

_____. Novos temas na teoria dos contratos: confiança e conjunto contratual. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 100, p. 73-97, dezembro de 2005.

_____. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 17-66.

_____. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 18, p. 35-76, 2000.

_____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e Assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 11-82.

_____.; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do Consumidor Endividado**. Superendividamento e Crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____.; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MARTINEZ, Ana Paula. A defesa do interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 11 (n.1), p. 67-99, 2004.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva. 2009.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

_____.; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais – Responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 78, p. 191-221, abril-junho de 2011.

MARTINS, Raphael Manhães. O princípio da confiança legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. **Revista CEJ**. Brasília, n. 40, p. 11-19, janeiro-março de 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

_____. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 112, p. 13-32, outubro-dezembro de 1991.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 22, setembro de 2002.

_____. A Teoria da Imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 670, p. 41-48, agosto de 1991.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 56, p. 56-86, 1992.

_____. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 611-661.

_____. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, p. 05-22, julho-setembro de 1998.

_____. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Gionvanni Ettore (Coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 475-506.

_____; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). **Revista do CEJ**. Brasília, n. 28, janeiro-março de 2005, p. 15-32.

MAZEAUD, Denis. L’attraction du droit de la consommation. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique**. Paris, n. 51 (1), p. 95-114, janvier-mars/1998.

McCRACKEN, Grant. **Cultura & Consumo**. Trad. Fernanda Eugenio. Rio de Janeiro: Mauad. 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 50, p. 09-35, abril-maio de 2004.

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Trad. R. O. Fontanorrosa, S Sentís Mellendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJE. 1986.

MICHAÉLIDÈS-NOUVAROS, G. L’évolution récente de la notion de droit subjectif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. t. 64. Paris, p. 216-235, 1966.

MIRABELLI, Giuseppe. Eccessiva onerosità e inadempimento. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Milano: Casa Editrice. Anno LI (Parte Sconda), p. 84-93, 1953.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

_____. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coordenação). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 67-110.

_____. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 81, janeiro-março de 2012, p. 39-88.

_____. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. Estudos sobre a Nova Teoria Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 176-225.

_____. Nulidades de cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 72, p. 41-77, outubro-dezembro de 2009.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental – Conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, p. 111-132, julho-setembro de 2002.

_____. Responsabilidade por danos na sociedade da informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais**. Responsabilidade Civil – V. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 843-892.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **A Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina. 2001.

MONTEIRO, António Pinto. La directive “clauses abusives”, 5 ans après – a transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva 93/13/CEE. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXV, p. 523-536, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha. 1978.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

_____.; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A Proteção Constitucional do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010.

_____.; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 76, p. 13-45, 2010.

NORONHA, Carlos Silveira. Distinção entre princípio, regra e “norma-objetivo”. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 29, p. 91-104, 2011.

_____. Revisitando a tutela do consumidor nos precedentes históricos e no Direito Pátrio. **Revista da Faculdade de Direito (UFRGS)**. Porto Alegre, v. 24, p. 61-88, 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V. I. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 1994.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 137-175.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. XXIX, p. 257-496, 1986.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. **O equilíbrio contratual nos contratos de crédito bancários e a aplicabilidade do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor**. 2010. 177f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 14 (n. 1), p. 169-181, 2007.

OLIVEIRA, José Ernesto Furtado de. *Reformatio in pejus* do Código de Defesa do Consumidor: impossibilidade em face das garantias de proteção. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, p. 130-148, abril-junho de 2002.

PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. **Revista da AJURIS**, s/d, p. 07-24.

_____. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e Assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 131-151.

_____. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 901-933.

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

_____. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 1, 1992, p. 130-147.

_____. Proteção contra produtos defeituosos. Das origens ao Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 42, abril-junho de 2002, p. 49-85.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 12, p. 131-151, outubro-dezembro de 2002.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006, p. 33-68.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 76, p. 131-151, outubro-dezembro de 2010.

PIZZIO, Jean-Pierre. **Code de la Consommation**. Paris: Montchrestien. 1995.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Interesses Difusos, Qualidade da Comunicação e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.

_____. _____. t. XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984

_____. _____. t. XXXVIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1962.

_____. **Systema de Sciencia Positiva do Direito**. V. I. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor. 1922.

_____. _____. Volume II. Rio de Janeiro. Jacinto Ribeiro dos Santos Editor. 1922.

PONTE, Daniel Ferreira da. As Locações em Shopping Center e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista da ABRASCE**. São Paulo, n. 6, 2006 (Disponível em: <www.loboeibeas.com.br/archives/563>. Acesso em 05. jan./2014).

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina. 1982.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 145-173.

QUADRI, Enrico. Il comportamento del debitore nella dinâmica della risoluzione per eccessiva onerosità. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: Cedam. Anno XXII. N. 4, p. 333-358, Luglio-agosto/1976.

RAISER, Ludwig. **Il compito del diritto privato**. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè. 1990.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6. ed. São Paulo: RT. 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. **O Direito Como Experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

REICH, Norbert. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor (Trad. Débora Gozzo). In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor - V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 307-340.

RESCIGNO, Pietro. Situazione e status nell'esperienza del diritto. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, Anno XIX, p. 209-229, 1973.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 429-454.

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad. 1998.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório Oliveira. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2002.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. **A proposta de “atualização” do Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdorizzattonunes/blog/2011/04/04/a-proposta-de-atualizacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor/>>. Acesso em 07 set.2012.

RODRIGUES NETTO, Bernard. O consumidor para além do seu conceito jurídico. Contribuições da filosofia, sociologia e antropologia. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 84, p. 71-125, outubro-dezembro de 2012.

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

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005.

SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. **Problemas de Direito Positivo**. Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Forense. 1953.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

SANTANA, Héctor Valverde. **Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SANTOLIM, Cesar. Anotações sobre o Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, na parte referente ao comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 83, p. 73-82, julho-setembro de 2012.

_____. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 55, p. 53-84, julho-setembro de 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez. 2000.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**. São Paulo: RT. 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

SAUPHANOR, Nathalie. **L'influence du droit de la consommation sur le système juridique**. Paris: LGDJ. 2000.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 70, p. 172-235, 2009.

_____. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 880, p. 09-32, fevereiro de 2009.

_____. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Relação de Consumo Religiosa**. A vulnerabilidade do fiel-consumidor e a sua tutela por meio do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas. 2012.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Código do Consumidor – Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 621-643.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 482-503.

SLATER, Don. **Cultura de Consumo & Modernidade**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel. 2002.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. A interpretação do conjunto contratual sob a perspectiva do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 279-306.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT. 2007.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva. 2009.

STIGLITZ, Gabriel. La función del Estado para la protección del consumidor. In: STIGLITZ, Gabriel (Director). **Defensa de los consumidores de productos y servicios**. Daños-contratos. Buenos Aires: La Rocca. 1994, p. 113-127.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. Direito Material e Processual. São Paulo: Gen/Método. 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 43, p. 69-95, julho-setembro de 2002.

TEPEDINO, Gustavo; SCHERIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto A. C. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 216-231.

TRAJANO, Fábio de Souza. O princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 71, p. 65-76, julho-setembro de 2009.

UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Faculdade de Direito. Biblioteca da Faculdade de Direito. **Normas para Apresentação de Trabalhos de Conclusão de Curso, Dissertação e Teses** (Apostila). Porto Alegre, 52f, 2012.

USTÁRROZ, Daniel. O solidarismo no direito contractual brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). **Diálogo das Fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 233-278.

VAL, Olga Maria do. Política Nacional das Relações de Consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 1373-1396.

VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Tome Soixante-deuxième. Paris: Sirey. 1964, p. 05-48.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

WEINGARTEN, Celia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 33, p. 33-50, janeiro-março de 2000.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.