



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CÍCERA VALÉRIA MARQUES BRITO

**A (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI 13.455 NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO, FACE A ESTRUTURA
NORMATIVA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**

Salvador

2018

CÍCERA VALÉRIA MARQUES BRITO

**A (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI 13.455 NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO, FACE A ESTRUTURA
NORMATIVA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Flávia Marimpietre

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

CÍCERA VALÉRIA MARQUES BRITO

A (IM) POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI 13.455 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO, FACE A ESTRUTURA NORMATIVA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por tudo.

Aos meus pais, Zélia e Camilo, que apesar das dificuldades, não pouparam esforços para enfrentar mais esse desafio.

Aos meus irmãos Pedro e Luíza, em especial a minha irmã, pelo apoio e o companheirismo sempre.

Aos meus tios e avós, em especial a minha tia Zilene, pelo apoio nessa trajetória.

A minha orientadora Flávia Marimpietre, pela ajuda e orientação, fundamentais para conclusão deste trabalho.

E aos meus amigos, poucos, mas fundamentais.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.

Marthin Luther King

RESUMO

O presente trabalho monográfico buscou analisar a compatibilidade do comando legal previsto na Lei 13.455 de 2017, que dispõe sobre a possibilidade da diferenciação dos preços e serviços a depender da forma de pagamento nas relações consumerista, em face de todo regramento protetivo do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, utilizou como guia os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato, traçando o conflito existente entre esses princípios e a referida lei, com o intuito de averiguar o grau de abusividade de tal lei. Para tanto, faz-se mister abordar o que são práticas abusivas, sobretudo as práticas comerciais previstas no art. 39º, incisos V e X. Nesse contexto, verifica os fundamentos que estruturam o microsistema dos direitos do consumidor, principalmente a disciplina dada pelo CDC, no que concerne à proteção contra as práticas comerciais abusivas, constituindo um direito básico do consumidor. Sendo as práticas comerciais corriqueiras no mercado de consumo, exercidas pelo fornecedor com o intuito de aproximar o consumidor de bens e serviços, o trabalho em questão estuda o alcance do conceito da boa-fé objetiva e, como este, pode ser utilizado como parâmetro de preservação do equilíbrio contratual e permanência da confiança estabelecida entre consumidor e fornecedor, a fim de evitar abusos. Desse modo, investiga como a jurisprudência brasileira vem decidindo sobre o tema, demonstrando se a vigência da Lei 13.455, representa retrocesso em matéria de proteção legal ao consumidor.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Práticas Comerciais Abusivas; Boa-fé objetiva; Lei 13. 455 de 2017.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 RELAÇÃO DE CONSUMO E O MICROSSISTEMA PROTETIVO DO CONSUMIDO	12
2.1 CONCEITO E ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSUMIDOR, FORNECEDOR, PRODUTO E SERVIÇO	12
2.1.1. Conceito de Consumidor e Fornecedor	13
2.1.2. Conceito de Produto e Serviço	19
2.2. O STATUS CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR	21
2.3 PRINCÍPIOS	25
2.3.1 Princípio da Boa-Fé Objetiva e a Tutela Da Confiança	26
2.3.2 Princípio da Vulnerabilidade	31
2.3.3 O Princípio do Equilíbrio Econômico do Contrato	34
2.3.4 Princípio da Informação	36
2.3.5 Princípio da Função Social do Contrato	39
2.3.6 O Princípio da Igualdade e o Código de Defesa do Consumidor	42
3 OS DIREITOS CONSUMERISTA SOB A PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO A PRÁTICAS ABUSIVAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO	44
3.1 CONCEITO DE PRÁTICAS ABUSIVAS	45
3.2 AS PRÁTICAS ABUSIVAS PREVISTAS NO ARTIGO 39 INCISOS V E X DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	52
3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A DIFERENCIAÇÃO NO PREÇO DE PRODUTOS E SERVIÇOS A DEPENDER DA FORMA DE PAGAMENTO	57
4 LEI 13.455 NA RELAÇÃO DE CONSUMO	63
4.1 DIFERENCIAÇÃO NO PREÇO DE PRODUTOS E SERVIÇOS A DEPENDER DA FORMA DE PAGAMENTO	65
4.2 SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO SOBRE A MATÉRIA	68

4.3 A PREVALÊNCIA DA NORMATIVA PROTETIVA AO CONSUMIDOR	75
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
6 REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará dos pormenores provenientes da relação consumerista, e como o microssistema de proteção dos direitos do consumidor está estruturado, e de que forma ele pode ser visto como escudo perante as práticas comerciais abusivas desenvolvidas no mercado de consumo. Assim, alcançara as questões do desequilíbrio existente na relação de consumo, que de um lado figura o consumidor parte mais frágil e do outro o fornecedor, comerciante, fabricante e todos os outros sujeitos que integre a cadeia produtiva, detentores do capital.

Desde a Antiguidade têm-se relatos de exploração comercial. As práticas comerciais estavam atreladas a própria cultura dos povos, que refletiam basicamente a estrutura organizacional de cada contexto histórico. A dualidade da relação entre consumidor e comerciante sempre existiu, até porque eram pessoas de classes sociais distintas, persistindo em maior ou menor medida certo grau de desequilíbrio.

E essa discussão acerca do desequilíbrio existente nessa relação não se perfaz somente no passado, sendo uma problemática que alcança um maior nível de disparidade com o passar do tempo, pois com as diversas mudanças sociais, econômicas e tecnológicas de cada época, fez com que as peculiaridades da formação política e econômica vigente no âmbito interno de cada sociedade, reivindicasse do Estado uma nova postura. Essas constantes mudanças são verificadas a cada nova necessidade que surge em um determinado contexto histórico, que correspondera a assunção de novas políticas e diretrizes tomadas sobre determinado assunto.

O consumidor em sua posição de vulnerabilidade em que figura como a parte mais frágil da relação, precisa sempre da intervenção protetiva do Estado. A mera edição de leis não é suficiente, devendo o Estado, a todo momento certificar a eficácia de suas normas principiológicas e específicas sobre o assunto, desenvolvendo políticas públicas para sua efetivação. Para isso, faz se necessário a atuação do Estado em três frentes de poder, o Estado-executivo, Estado-legislativo e o Estado-juiz.

Sendo assim, deve o Estado se revestir e efetivar um dos objetivos proposto na Constituição Federal, que promover na forma da lei medidas protetivas ao

consumidor, se valendo de um dos Princípios basilares da relação consumerista, que é a boa-fé objetiva. Desse modo, partindo de uma concepção de recorrente desigualdade no âmbito das relações de consumo, todo o microsistema consumerista traz consigo um arcabouço jurídico protetivo, cujo o objetivo é punir e evitar abusos nas relações travadas com o consumidor.

Essa preocupação com a parte mais vulnerável ganha status Constitucional, e a Carta Maior preceitua no seu Artigo 5º, XXXII que “o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor”. Corroborando a isto, dispõe o Artigo 4º, IV do Código de Direito do Consumidor, que diz ser um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo...”; bem como o artigo 6º, IV, o qual elenca como direito básico do consumidor a proteção contra “métodos comerciais coercitivos ou desleais”.

Tendo essa noção em mente, o presente trabalho buscará alcançar o conceito e aplicação do Princípio da boa-fé objetiva na relação consumerista, analisando o grau de abusividade na aplicação da Lei 13.455 em face dos direitos já conquistados pelo consumidor, e se esse diploma normativo será tido como um retrocesso em matéria de proteção social, tendo em vista o próprio status constitucional do Direito do Consumidor.

Neste sentido, o segundo capítulo buscou-se entender como o microsistema protetivo do consumidor está organizado, analisando inicialmente o contexto em que o Código de Defesa do Consumidor foi inserido no ordenamento brasileiro, compreendendo a natureza jurídica das normas de proteção ao consumidor na Constituição Federal de 1988. Em decorrência do caráter específico da norma apontada, abordou e conceituou os elementos subjetivo e objetivos que compõe a relação jurídica de consumo, perpassando pela análise da sua matriz principiológica, que é a base de todo o sistema. Dentre os princípios abordado, traçaremos como norte, o princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato, uma vez que, o princípio da boa-fé objetiva fica concebido como um dos principais pontos de amparo ao consumidor, já que este pretende assegurar um maior equilíbrio nas relações de consumo, por estabelecer um padrão de condutas leais e honesta que devem ser preservadas em todas as fases contratual.

Com a compreensão de que as práticas comerciais fazem parte do mercado de consumo e que são legítimas ao fornecedor, o terceiro capítulo examinou o tratamento

dado a essas práticas comerciais resultado da atividade econômica empresarial, e em que medida são consideradas abusivas, devendo ser devidamente reprimidas, já que, dentre os princípios da ordem econômica encontra-se a defesa do consumidor, o que enseja que a economia se desenvolva sem sobrepujar aos princípios de proteção ao consumidor. Para isso, o presente trabalho propôs analisar o artigo 39 do CDC, dispositivo legal que trata da vedação á práticas tidas como abusivas, elencando-as de forma expressa, porém, não exaustiva. Nesse ponto, o Capítulo Terceiro definiu o que são consideradas práticas comerciais abusivas, passando a análise mais detalhada dos incisos V e X do referido artigo que, tratada da vedação a conduta do fornecedor que venha a exigir vantagem manifestadamente excessiva ao consumidor e a elevação sem justa causa de preços de produtos e serviços, respectivamente.

Entretanto, em momentos em que o cenário econômico perpassa por momentos de crise, as decisões políticas acabam por refletir tensões entre os vários setores da sociedade, como é o caso da Medida Provisória 764 de Dezembro de 2016, posteriormente convertida na Lei 13.455 de Junho de 2017, que prevê a possibilidade de diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou forma de pagamento utilizado. Assim, abordaremos ainda no Terceiro Capítulo, como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando sobre o tema, posicionamento anterior a vigência da referida lei.

No Quarto Capítulo teceremos algumas considerações sobre a Lei 13.455 de Junho de 2017, avaliando-a sobre o ponto de vista do precedente já firmado pelo STJ, no que diz respeito a diferenciação de preço de bens e serviços a depender da forma de pagamento utilizada. E partindo da compreensão da importância da aplicação do Princípio da Boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato e do Artigo 39, incisos V e X, que considera abusiva a prática de “exigir vantagem manifestadamente excessiva” e “elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”, analisaremos se a aplicação da Lei 13.455 nas relações de consumo restaria contrária a normativa de proteção ao consumidor.

2 RELAÇÃO DE CONSUMO E O MICROSSISTEMA PROTETIVO DO CONSUMIDO

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um novo patamar de boa-fé objetiva nas relações privadas firmadas no Brasil, especialmente no que tange a proteção dos vulneráveis nas relações econômicas. Essa normativa incide em toda a relação que puder ser caracterizada como de consumo, segundo as diretrizes delineadas pelo CDC. Assim, sempre haverá relação jurídica de consumo, quando se puder identificar em um dos polos dessa relação o consumidor, no outro, o fornecedor, onde ambos transacionam produtos e serviços.

A defesa do consumidor como sujeito vulnerável da relação de consumo surge da necessidade de regulamentação de práticas da sociedade de massa, sociedade está complexa, que fez com que o CDC se estruturasse como um microssistema jurídico organizado e sistematizado, de identificação do sujeito beneficiado. Esse microssistema adquire um caráter de transversalidade que tem a sua marca na relação com outras disciplinas jurídicas, tendo por objetivo a complementação de suas normas para melhor proteção do consumidor vulnerável.

Desse modo, a técnica legislativa adotada pelo microssistema estabelecido no Código de Defesa do consumidor, remete a uma interação a normas de natureza jurídica distintas (civil, penal, administrativa, processual) e, tal relação é estabelecida para dar sentido e aplicação aos direitos consagrados ao consumidor, de modo coerente e lógico a um conjunto de normas ordenado segundo princípios (MARQUES, 2017, p.21).

2.1 CONCEITO E ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSUMIDOR, FORNECEDOR, PRODUTO E SERVIÇO

A relação jurídica constitui segundo Sergio Cavalieri (2014, pp. 64-65) “categoria básica do Direito, cujo conceito é fundamental na Ciência do Direito”. Das diversas relações sociais desenvolvidas entre os seres humanos, muitas delas tem natureza afetiva, cultural, religiosa, amorosa, ou seja, sem nenhuma conotação jurídica, outras,

no entanto, possui consequências jurídicas diante da relevância familiar, econômica e funcional que está embutida nessas relações. Desse modo, podemos conceituar relação jurídica como toda relação social disciplinada pelo direito, em que o vínculo estabelecido entre essas pessoas estão regulado pela norma jurídica, que atribui aos sujeitos de determinada relação deveres e poderes para tanto. Assim, a relação jurídica nasce, quando a ação humana materializada no mundo dos fatos possui relevância jurídica, incidindo nesse momento a norma aplicada a cada caso concreto.

A construção da relação jurídica de consumo está submetida ao mesmo processo. Entretanto, por se tratar de normas especiais, para que haja a incidência das diretrizes principiológicas e normativas estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, é necessário entender o conceito da relação jurídica de consumo, bem como, os elementos subjetivos e objetivos que estruturam essa relação. Nesse contexto, importante entender como a Lei nº 8.078/90 define consumidor, fornecedor, produto e serviço (CAVALIERI, 2014, pp. 65-66).

Dentre os elementos que compõe a relação jurídica de consumo, podemos classificar didaticamente como subjetivos e objetivos. Os elementos subjetivos estão relacionados com os sujeitos dessa relação jurídica, os elementos objetivos, por sua vez, relacionam-se com o objeto da referida transação. No primeiro grupo temos num dos polos o consumidor, no outro, o fornecedor, no segundo grupo, os produtos e serviços.

2.1.1. Conceito de Consumidor e Fornecedor

Embora não seja papel da lei definir conceitos, ficando essa função a cargo da doutrina e jurisprudência, o CDC trouxe em seu artigo 2º o conceito de consumidor nos seguintes termos “Consumidor é toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Dessa definição é possível se extrair duas concepções de consumidor, uma concepção mais concreta e individual, como o próprio *caput* do referido artigo aponta, e uma concepção abstrata e geral, complementada pelo artigo 29º ao prevê que “Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos

consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previsto”. Da leitura da primeira parte do artigo 2º é possível definir consumidor como toda pessoa física, ou seja, a pessoa natural e também a pessoa jurídica, a qual a lei não traz uma distinção, podendo ser toda e qualquer pessoa jurídica: uma microempresa, multinacional, pessoa jurídica civil ou comercial, associação, fundação entre outros (NUNES, 2017, pp. 118-119).

Esse artigo traz em sua redação o verbo “adquirir” que deverá ser interpretado em seu sentido mais amplo, podendo ser obtido, tanto de forma onerosa como gratuita. Entretanto, não se trata apenas em adquirir, mas também “utilizar” produtos e serviços ainda que não tenha adquirido, definindo consumidor como aquela pessoa que obtém o produto ou serviço, como aquele que não adquire, mas utiliza e consome. E por fim, a norma em questão traz a expressão “destinatário final”. Para se extrair o significado do que venha a ser considerado destinatário final de produtos e serviços, surgiu no âmbito Doutrinário duas correntes, a corrente maximalista (objetiva) e finalista (subjéctiva), que tentam explicar o conteúdo da referida expressão (NUNES, 2017, p. 120).

A corrente maximalista ou objetiva, entende que o CDC ao definir o consumidor exige para a sua caracterização um ato de consumo. Neste sentido, consumidor como destinatário final deve ser compreendido de forma ampla, sendo a pessoa física ou jurídica que retira do mercado bens ou serviços como destinatário final, encerrando, portanto, a cadeia produtiva em que o produto ou serviço está inserido, desde que o faça objetivamente. Para essa corrente, pouco importa a finalidade dada ao bem que foi adquirido, sendo irrelevante objetivo que a pessoa pretende ao adquirir o produto, se visa a satisfação das suas necessidades ou objetiva o lucro. Aos adeptos de tal Teoria defendem que o Código de Defesa do Consumidor seria na verdade um código geral de consumo, que regeria a sociedade de consumo, motivo pelo qual, o artigo 2º deveria ser interpretado de forma extensiva de modo a alcançar cada vez mais às variadas relações de consumo (CAVALIERI, 2014, pp. 67-68).

Para a corrente finalista ou subjéctiva, o artigo 2º do CDC deve ser interpretado de maneira restritiva no que concerne a expressão “destinatário final”. Nessa concepção só merece tutela do CDC aquele sujeito que for vulnerável. A conceituação de consumidor como destinatário final tem que ser a econômica, que tenha por objetivo a satisfação das necessidades pessoais quando da obtenção de bens e serviços pela

pessoa física ou jurídica. Desse modo, a aquisição de bem e serviços pelo consumidor, não poderá ter como finalidade o desenvolvimento de outra atividade comercial que objetive a incrementação profissional lucrativa. Consumidor para essa corrente, é aquele que põem fim a um processo econômico. A concepção finalística restringe-se ao conceito de consumidor, às pessoas físicas e jurídicas, não profissionais, que não visam lucro, quando contratam com outros profissionais. Entende-se aqui que, quando um profissional adquire bens e serviços com o intuito de dinamizar a sua atividade, não há que se falar em consumidor final e sim intermediário. Entretanto, essa corrente sofreu uma mitigação no que a tina a aplicação das normas protetivas do CDC nos casos que envolvam determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, quando demonstrado no caso concreto a vulnerabilidade econômica, técnica ou jurídica. (CAVALIERI, 2014, pp. 68 – 69).

Dentre as duas correntes que traz a definição do que venha a ser considerado consumidor como destinatário final e conseqüentemente o alcance de tal norma, a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, vem nos últimos anos adotando a corrente finalista mitiga ou atenuada, ao admitir a aplicação do Código de Direito do Consumidor a determinados consumidores profissionais, quando da análise do caso concreto restar-se configurada a vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica (CAVALIERI, 2014, p. 72).

O consumidor segundo a regra estabelecida pelo CDC, é aquele que em posição de vulnerabilidade no mercado de consumo de maneira não profissional, adquire bens e serviços com o objetivo de atender as suas necessidades pessoais ou de suas famílias, conforme preceitua o *caput* do artigo 2º. Entretanto, as normas protetivas do CDC, também são aplicadas a terceiros que, embora não sejam consumidores em sentido jurídico, mas foram equiparados a consumidores para efeito de tutela legal, conforme disposições contidas no parágrafo único do art. 2º e nos arts. 17 e 29. Esses artigos, funcionam como norma de extensão, a fim de conferir aos sujeitos descritos em tais normas, tutela jurídica sobre o manto das regras e princípios emanados do CDC. Assim, serão equiparados ao consumidor padrão, todos aqueles expostos aos efeitos decorrentes da atividade comercial desenvolvidas pelos fornecedores no mercado de consumo que venha ser prejudicado (CAVALIERI, 2014, p. 77).

A norma contida no parágrafo único do art. 2º, busca proteger a coletividade de pessoas que possam ser de alguma maneira atingidas pela relação de consumo. A proteção aqui, é destinada ao conjunto de pessoas mesmo que indetermináveis. Este dispositivo acaba por afirmar o caráter difuso do direito do consumidor. O fundamento dessa equiparação é instrumental, tendo em vista o seu objetivo de fundamentar a tutela coletiva dos interesses coletivos e difusos, coletivos individuais homogêneo, conforme preceitua os artigos 81º e seguintes do CDC. A proteção a qual a supracitada norma propõe, não necessita de uma postura ativa do consumidor no mercado de consumo, como, por exemplo, a existência de obtenção de bens e serviços, mas a mera subordinação aos efeitos das ações dos fornecedores no mercado. Desse modo, toda a universalidade de pessoas que estão expostas às práticas dos fornecedores no mercado de consumo, poderá se valer da tutela coletiva protetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor (MIRAGEM, 2013, pp. 139 – 140).

O artigo 17º do supracitado código, prevê a possibilidade de equiparação ao consumidor, as vítimas atingidas pelo evento danoso ocasionado pelo acidente de consumo, ainda que não tenham sido consumidoras diretas. A seção a qual o artigo 17º está inserido, é a mesma que trata da responsabilidade objetiva pelo fato do produto e serviço causador do acidente do consumo danoso a saúde, integridade ou patrimônio do consumidor. Aqui também, não é necessário que o consumidor atingido tenha realizado ato de consumo. Trata-se de uma extensão protetiva á aquele que tenha sofrido com o acidente do consumo, cuja causa seja atribuída ao fornecedor. A regra estabelecida pelo CDC, parte do pressuposto que a garantia dos produtos e serviços posto em circulação no mercado se vincula ao fornecedor. Assim, para o terceiro que fora prejudicado pelo acidente do consumo fazer jus a tutela protetiva prevista no CDC, deverá apresentar provas de que o dano sofrido decorreu de um defeito do produto (MIRAGEM, 2013, pp. 140 – 142).

A equiparação proposta pelo CDC, também se estende ao artigo 29º, que prevê a equiparação ao consumidor a todas as pessoas, mesmo as que não puderem ser identificadas e, que estão expostas às práticas comerciais. O referido artigo trata da proteção jurídica a coletividade exposta às práticas comerciais. Essa proteção é uma proteção abstrata, tendo em vista que uma vez sobrevivendo uma prática comercial no mercado de consumo, toda a coletividade de pessoas exposta a ela, será protegida,

ainda que nenhum consumidor considerado de forma individual venha insurgir contra tal prática. Trata-se de norma de maior abrangência quando o assunto é a proteção jurídica aquele sujeito que não está qualificado como consumidor em sentido estrito, que adquire ou utiliza bens e serviços como destinatário final (NUNES, 2017, p. 132).

No outro lado do polo subjetivo da relação jurídica de consumo se encontra o fornecedor. Tal definição está prevista no artigo 3.º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Da redação do presente artigo nítido é perceber a extensão dada pelo legislador ao conceito de fornecedor. A estratégia utilizada pelo legislador foi incluir todos aqueles que mesmo que não possuam personalidade jurídica, integre de alguma forma a cadeia produtiva (produção – transformação – distribuição – comercialização – produção). Assim, não só o produtor originário e o fabricante, mas também todos os intermediários que participem da cadeia produtiva de consumo, serão tratados pela lei como fornecedores, desde que o façam como atividade principal ou profissão (CAVALIERI, 2014, p. 80).

O uso do termo “atividade” empregado no conceito de fornecedor está relacionada ao seu sentido tradicional. Dessa forma, atividade se refere tanto a atividade típica, como a eventual. Entretanto, essa atividade deverá ser desenvolvida por profissionais de forma habitual e que possua uma finalidade econômica. Tem-se aqui que, a relação de consumo no ponto de vista do fornecedor, deve ser caracterizada sempre que existir uma atividade negocial, de caráter organizado e unificado, que vise a satisfação de um fim econômico habitual e permanente. Nesse diapasão, não é considerado relação jurídica de consumo, as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas não profissionais de forma casual e eventual (NUNES, 2017, pp. 133 – 134).

Para Bruno Miragem (2013, p. 156 – 158) o termo profissionalismo está vinculado a um conhecimento específico e especial, abrangente sobre uma determinada atividade, cuja características técnicas e essenciais são conhecidas, e a utilização desse conhecimento é usado como meio de vida. Nesse sentido, a atividade desenvolvida pelo profissional guarda uma superioridade de conhecimentos e técnicas específicas sobre o produto ou serviços colocados no mercado de consumo,

o que não é verificada na pessoa não profissional. Assim, ao oferecer os produtos e serviços de forma profissional, acaba por revelar o caráter econômico dessa atividade, uma vez que o fornecedor a desenvolve visando uma vantagem econômica, pois há, nessa relação uma contraprestação pecuniária ou remuneração. Entretanto, isso não significa dizer que, o profissional sempre deverá almejar fins lucrativos, já que basta oferecer os seus serviços mediante uma remuneração, pouco importando a sua finalidade, como, por exemplo, as pessoas jurídicas que prestam serviços filantrópicos, desde que haja uma contraprestação aos serviços e produtos colocados no mercado de consumo. Nesse contexto, é a natureza econômica da atividade desenvolvida que justifica a imposição de deveres jurídicos aos fornecedores, determinando a subordinação fática do consumidor em relação ao fornecedor.

Outros elementos subjetivos que compõe a relação jurídica de consumo considerados pelo CDC como fornecedores, são o Ente despersonalizado e a pessoa física. Por Ente despersonalizado, tem-se entidades despidas de personalidade jurídica, sendo suficiente o desenvolvimento de determinada atividade no mercado de consumo e à existência de uma contraprestação exercida direta ou indiretamente, para que possa ser lhes atribuída deveres jurídicos. Podemos citar como exemplo, a massa falida de determinados fornecedores de produtos e serviços. Esses produtos e serviços colocados no mercado de consumo continuarão sobre a tutela jurídica protetiva do código de Defesa do Consumidor, nos casos de quebra total da empresa ou a quebra com a continuidade jurídica. Um outro exemplo, são aqueles vendedores e prestadores de serviços que mesmo sem constituir uma pessoa jurídica desenvolvem de fato, uma atividade com habitualidade e finalidade econômica, ainda que de maneira informal, é o caso dos ambulantes, conhecido popularmente como “camelôs”. No que concerne a pessoa física, temos os profissionais liberais como prestadores de serviços. Se encaixa aqui também, a pessoa física que desenvolve a venda de produtos de forma eventual ou rotineira, sem constituir uma pessoa jurídica (NUNES, 2017, pp. 135 – 137)

Percebe-se então que, o Código de Defesa do Consumidor alargou o conceito de fornecedor com o intuito de abarcar um maior número possível dos sujeitos que integre de alguma forma a cadeia produtiva, sendo fornecedor gênero, do qual todas as outros são espécies e estão sobre a exegese dos deveres impostos pelo referido código.

2.1.2. Conceito de Produto e Serviço

Dos elementos objetivos que compõe a relação de consumo, temos os produtos e serviços. Assim, a Lei 8.078/1990, definiu no parágrafo 1º do artigo 3º, produto como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial colocados no mercado de consumo. Para o CDC o termo “bem” traduz um sentido de ser uma coisa, algo não humano com finalidade econômica e/ou jurídica, resultado da produção no mercado de consumo. Aqui, produto é utilizado em seu sentido econômico, como resultado do processo de produção ou fabricação. Desse modo, qualquer bem pode ser considerado produto, desde que resulte da atividade econômica empresarial. Esse bem pode ser móvel ou imóvel, material ou imaterial (TARTUCE; AMORIM, 2014, p. 94).

Por bem móvel, tem-se aquele que pode ser transportado sem que haja a sua deterioração, como por exemplo, um automóvel que poderá ser objeto de uma relação jurídica de consumo. Já os bens imóveis, são considerados aqueles em que a sua remoção ou transporte importa em destruição considerável, como é o caso, de um apartamento. O bem também poderá ser classificado quanto a sua materialidade, podendo ser material ou imaterial. O aspecto material do produto reverte-se a ideia de bens corpóreos, ou seja, com existência física. No que diz respeito aos produtos imateriais estão atrelados a bens incorpóreos, não palpáveis, que não ocupam lugar no espaço, como por exemplo, a energia elétrica, pacote turístico (NUNES, 2017, p. 138).

No tange a durabilidade dos produtos, temos os produtos duráveis e não duráveis. Os produtos duráveis são os bens tangíveis que não se exaure após o seu uso regular. Foram feitos para durar e leva tempo para se desgastar. Entretanto, essa durabilidade não é eterna, tendo em vista que sofrem desgastes naturais com o passar do tempo, deixando de atender a finalidade a que se destina, tendo a sua capacidade funcional diminuída. Os produtos não duráveis são aqueles bens tangíveis, que se destroem, não tendo nenhuma durabilidade. A sua extinção é imediata, como alimentos, bebidas, etc. Essa distinção é de suma importância, na medida que o Código de Defesa do Consumidor, reservou em seu artigo 26º, incisos I e II, prazos decadenciais distintos

para reclamar eventuais vícios oriundos dos produtos e serviços, sendo que, o produto durável tem um maior prazo em relação aos não duráveis (CAVALIERI, 2014, pp. 82 - 84).

A definição jurídica de serviço pelo CDC, está prevista no artigo 3º, § 2º, a qual dispõe: “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”. Quando a lei traz como definição de serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo”, o seu significado se associa a atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor no mercado. Essa atividade comercial pode ser de natureza material, financeira ou intelectual, prestada por pessoas privadas ou públicas, mediante remuneração direta ou indireta, decorrentes de uma contraprestação ou oriundas de vantagens econômicas do fornecedor, sem vinculação a um contrato de consumo.

Dentre os elementos que compõe o conceito de serviços para o CDC, tem-se o caráter remuneratório, uma característica marcante e abrangente da definição de serviços, em que toda relação consumerista deve haver uma contraprestação, exceto a trabalhista.

Estar sob a égide das normas consumerista, os serviços públicos, a qual dispõe no seu art. 22 que “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Assim, o que caracteriza a pessoa jurídica responsável na relação de consumo é o serviço público prestado por ele (NUNES, 2017, 142 -143).

Nesse contexto, analisados os elementos subjetivos e objetivos da relação de consumo, ver-se em que circunstâncias incidirá as normas protetivas prevista no Código de Defesa do Consumidor.

2.2. O STATUS CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor pode ter seus primeiros rudimentos identificados em textos antiguíssimos como o Código de Hamurabi, editado no Império Babilônico. Dele era possível se extrair de alguns dispositivos legais, a defesa dos compradores de bens e serviços pelos defeitos oriundos dos projetos, fabricação e construção, garantindo a estes a reparação de eventuais danos.

Ocorre que, com o passar do tempo e o desenvolvimento tecnológico e científico, sobretudo na Revolução Industrial, houve um aumento quase que infinito na capacidade produtiva do ser humano. A produção que antes era manual e artesanal, desenvolvida no núcleo familiar ou por um pequeno número de pessoas, passa a ser desenvolvida em larga escala, para atender a demanda populacional. Essa modificação também atingiu o processo de distribuição, acarretando uma cisão entre a produção e a comercialização. Se antes era o próprio fabricante que produzia e comercializava as suas mercadorias lidando diretamente com a pessoa a quem vendia tais produtos, em determinado momento essa distribuição passa a ser feita em massa, em cadeia e em grande quantidade (CAVALIERI, 2014, p. 2-3).

Para Sergio Cavalieri (2014, p. 2-7) a Revolução industrial representa o marco para compreensão da origem do Direito do Consumidor. Mas é no final do século XIX e início do século XX, que surgem os primeiros movimentos pró-consumidor, especialmente nos países que experimentavam naquela época um franco desenvolvimento industrial, sobretudo países como, França, Inglaterra, Alemanha e, principalmente, os Estados Unidos, como por exemplo, o surgimento da New York Consumers League na cidade de Nova York, uma associação criada por consumidores que tinham por objetivo a luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino nas fábricas e comércio.

Esses movimentos foram tomando proporções maiores, e em 1899 Florence Kelly, ativista político e social que defendia a regulamentação do governo da época para proteção das crianças e mulheres trabalhadoras, consegue reunir outras associações, e cria a liga Nacional dos Consumidores (National Consumers League). A National Consumers League, segundo Sergio Cavalieri (2014, p. 4-5), tinha como principal ênfase a defesa das condições das mulheres e crianças nas fabricas de algodão.

Entretanto, a NCL, usava a força dos consumidores para defesa de uma causa social, mais do que a defesa pela qualidade dos bons produtos.

Os processos de engajamento a causas sociais continuaram durante o século XX e, em 1906 é publicada a obra de Upton Sinclair, *The Jungle* (A Selva), um romance socialista que teve como objetivo, a descrição da fabricação de embutidos de carne e o trabalho dos operários que trabalhavam nos matadouros de Chicago, bem como as precárias condições de higiene que afetavam tanto a saúde dos trabalhadores como o produto final que era entregue a comercialização. Devida a grande repercussão da referida obra, sobretudo por espelhar a realidade daquela época que, o Presidente Roosevelt, sanciona a primeira lei de alimentação e medicamentos (a Pure Food and drug Act – PFDA), em 1906, e a lei de inspeção da carne (a Meat Inspection Act), em 1907 (CAVALIERI, 2104, p. 4-5).

Mas somente na década de 1960, é que o consumidor começou a ser visto como sujeito de direitos, ganhado por parte do Estado tutela protetiva específica em suas relações consumerista. E o marco inicial desse novo direito apontado pela Doutrina, é a mensagem do Presidente Kennedy. Segundo o autor Sergio Cavaliere (2014, p. 5-6) o marco histórico dessa tutela ao consumidor, se deu com a revolta dos americanos, devido as mortes provocadas por um defeito no Ford Pinto, um veículo que na época, foi tido como recorde por ter sido concebido em menor tempo. O modelo havia apresentado uma série de defeitos, que resultou em vários acidentes e incêndios com vítimas fatais. A indignação foi tamanha que levou Jhon Fitzgerald Kennedy, presidindo a maior potência capitalista do pós-guerra, encaminhar mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre a Proteção dos Interesses dos Consumidores (Special Message to the Congresso n Protcting Consumer Interest).

Na mensagem enviada ao Congresso dos Estados Unidos, o então Presidente Kennedy afirma (CAVALIERI, 2014, p. 5):

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas públicas e privadas (...). Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.

Cavaliere (2014, p.6) afirma que a partir desse momento firmou as bases do movimento consumerista internacional, entrando para a história como “Dia Mundial dos Direitos dos Consumidores”, sendo reconhecido direitos básicos dos consumidores, como o

direito a saúde, a segurança, a informação, a escolha e a serem ouvidos. O direito a saúde protegia os consumidores contra os produtos colocados no mercado que representasse um risco à vida. Já o direito à informação e o direito a escolha, protegia da informação enganosa e fraudulenta e possibilitava ao consumidor acesso a variedades de produtos.

Todo esse movimento influenciou em certa medida, o reconhecimento pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas de direitos básicos ao consumidor, tais como a segurança, a integridade física, a intimidade, a informação, a honra e a dignidade humana desses sujeitos de direitos. E isso fez com que essa mesma comissão, elaborasse por meio da Resolução 39/248, várias normas de cunho internacional, que funcionavam como diretrizes de aperfeiçoamento das legislações internas dos países, principalmente dos países em desenvolvimento (CAVALIERI, 2014, p. 6-7).

Do surgimento desses direitos nos Estados Unidos, levou um tempo para “surgir” legislativamente aqui no Brasil. Isso porque, segundo Claudia Lima (2017, p. 34) o direito do consumidor é um direito social típico das sociedades capitalistas, que experimentaram em determinado momento histórico o progresso do capital industrial, onde os seus riscos deveriam ser compensados através de normas de cunho protetivo que tutelasse de forma específica esses sujeitos ou grupos de sujeitos.

Segundo afirma Claudia Lima (2017, p. 35) a Constituição Federal de 1988 é no Brasil a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores. No Artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias encontra-se um mandamento (Gebot) para que o legislador criasse um Código de Defesa e Proteção ao Consumidor. A criação do Código de Defesa do Consumidor aconteceu em 1990 através da lei 8.078.

O Direito do consumidor é, assim, um conjunto de normas e princípios especiais que visa cumprir primeiramente mandamentos constitucionais, como é o caso do Artigo 5º., XXXII, da Constituição Federal de 1988, que prevê “ *O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”, assim como, assegura como princípio geral da atividade econômica, a necessária defesa dos sujeitos de direitos, consumidor, no Artigo 170 da CF 1988 “ *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor*” (LIMA, 2017, p.35).

Essa promoção que é assegurado pela Carta Magna aos consumidores, se revela no dever que o Estado-juiz, o Estado-executivo e o Estado-legislativo tem de realizar positivamente a defesa, a tutela desses sujeitos de direito. É um direito nos dizeres da autora Cláudia Lima (2017, p. 35) fundamental, direito humano de nova geração, de cunho social e econômico, que se perfaz em uma atuação positiva do Estado através de todos os seus poderes, e de revés protetivo.

Dentro do contexto capitalista, onde o conflito de interesses entre os diversos setores da sociedade se confunde a todo tempo, principalmente entre quem detém o domínio do poder econômico e quem não tem, o reconhecimento pela Constituição Federal de elevar a proteção do consumidor como direito fundamental, é de suma importância. Para Cláudia Lima (2017, p. 36) essa importância se revela ao status de direito fundamental do consumidor e outros está resguardado no Artigo 60, parágrafo 4º, IV, como cláusula pétrea.

Então, dentro das recentes transformações que o direito contemporâneo vem sofrendo, tem apontado a necessidade de providências legislativas que vise equalizar relações jurídicas marcadas pelo traço da desigualdade. Desigualdade esta, que se expressam de várias formas na relação consumerista, como a desproporção econômica das partes, a falta de acesso ou compreensão das informações básicas que envolve determinado negócio jurídico, caracterizando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos, nesse caso, o consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 35).

Para equalizar essa relação, foi criado no nosso ordenamento pátrio o Código de Defesa do Consumidor, uma lei que exerce, segundo Claudia Lima (2014, p. 60) uma:

Função social, traz normas de direito privado, mas de ordem pública (direito privado indisponível), e normas de direito público. É uma lei de ordem pública econômica (ordem pública de coordenação, de direção e de proibição) e lei de interesse social (a permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores presente no caso), como claramente especifica seu art. 1º, tendo em vista a origem constitucional desta lei.

Para a aludida autora, é imperioso interpretar o CDC como um sistema codificado, em que suas normas foram construídas dentro de um contexto coerente, apto a identificar e tutelar os sujeitos beneficiados por ela. Assim, é possível concluir que o Código de Defesa do Consumidor, é um microssistema que abarca um conjunto de normas ordenadas por princípios fundamentais que os conduzem, refletindo em toda

subdivisão em parte geral e parte especial, assim como sua divisão em títulos, capítulos e seções. Devido a essa estrutura lógica, afirma Claudia Lima (2014, p. 61) que “quando se aplica um artigo, se aplica toda lei, e em um sistema espacial e bem estruturado como o CDC, esta é uma verdade muito importante e que pode ser decisiva para alcançar a efetividade desta lei tutelar”.

Neste sentido, o direito do consumidor é dotado de uma carga principiológica muito importante para a correta interpretação e aplicação das suas normas. Dos vários princípios gerais reconhecidos nesse microsistema, seja eles explícitos ou implícitos extraídos do contexto normativo da própria lei, o princípio da vulnerabilidade é considerado pela Doutrina como o basilar que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor (MIRAGEM, 2013, p.113).

Então, diante da percepção que o direito do consumidor é um direito fundamental, por estar inserido em mandamentos e diretrizes constitucional, é que vale dizer, que o CDC como qualquer outra lei infraconstitucional, não tem o condão de reunir todas as hipóteses de relações de consumo na sua completude. É por esse motivo, que o ordenamento brasileiro se abre para a constitucionalização dos direitos dos consumidores, aplicando de maneira direta e coerente o princípio constitucional de defesa do consumidor, que será a cláusula geral norteadora de todas as relações de consumo, pois os direitos desses sujeitos são emanados da Lei Fundamental (arts. 5º, inc. XXXII; 170, inc. V). Desse modo, toda força normativa emanadas dos princípios constitucionais, servirá como base para o Código de Defesa do Consumidor (WEBER, 2013, p. 141-142).

2.3 PRINCÍPIOS

Os princípios figuram como diretrizes gerais de um ordenamento jurídico, que serve como fundamento de validade para a interpretação das demais normas. Como estrutura onde tudo começa, os princípios jurídicos têm a sua origem em aspectos sociais, econômicos e políticos vivenciados em um determinado contexto social, que refletira em diferentes setores da ordem jurídica, embasando a interpretação harmônica de outros comandos normativos. Tenha-se assim que os princípios

constituem elementos norteadores da atividade jurisdicional, atuando como ponto de equilíbrio para a aplicação harmônica do direito.

Desse modo, como norma dotada de um alto grau de abstração e alta carga valorativa, o Código de Defesa do Consumidor diferentemente de outras codificações, adotou em seu sistema uma estrutura principiológica muito forte que servirá de base informativa para a proteção do consumidor. Daí se dizer que o CDC é uma lei principiológica, que quando se aplica uma regra específica, se aplica todo o sistema normativo de proteção ao consumidor.

2.3.1 Princípio da Boa-Fé Objetiva e a Tutela Da Confiança

A boa-fé de que trata o inciso III do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, é princípio da Lei nº 8.078. A boa-fé em que a referida lei adota como parâmetro, é a boa-fé objetiva, diferente da subjetiva. A diferença entre uma e outra, reside no fato da boa-fé subjetiva se referir um estado de ignorância em que se encontra determinada pessoa, sobre um fato impeditivo, modificativo e violador do seu direito. Já a boa-fé objetiva presente no CDC, pode ser definida como um padrão de conduta a ser seguido pelas partes, devendo as mesmas agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de preservar o equilíbrio nas relações de consumo. Esse equilíbrio não diz respeito ao equilíbrio econômico, mas sim, ao equilíbrio entre as partes contratuais dentro de um complexo de deveres contratuais contraídos no momento da celebração do contrato, que em regra é marcada por um desequilíbrio de forças (NUNES, 2015, P.178-179).

Assim, sobre a evolução do conceito da boa-fé objetiva, é os dizeres de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 37):

Como é notório, a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano psicológico ou intencional (boa-fé subjetiva), para o plano concreto da atuação humana (boa-fé objetiva). Pelo conceito anterior de boa-fé subjetiva, relacionado com o elemento intrínseco do sujeito da relação negocial, a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa. Esse conceito de boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa. Esse conceito de boa-fé subjetiva, relacionado somente com a intenção das partes, acaba deixando de lado a conduta, que nada mais é que a própria concretização dessa vontade. E como se sabe, conforme o dito popular, não basta ser bem intencionado, pois de pessoas bem intencionadas o inferno está cheio.

Então é dessa atuação concreta das partes em uma relação contratual é que surge o conceito de boa-fé objetiva, como uma regra de conduta, sendo que esse justo equilíbrio nas relações negociais consumeristas, deve prevalecer em todos os momentos relacionados com a prestação e o fornecimento, de modo a estabelecer uma correta harmonia entre as partes. Por isso que é de suma importância observar dentro dessa relação, e entender que o conceito da boa-fé objetiva está intimamente ligado com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são inerentes a qualquer negócio independentemente de previsão contratual. Dentre esses deveres, podemos destacar o dever de respeito, lealdade, dever de informação, dever de agir honestamente e com razoabilidade, dever de probidade e cuidado (TARTUCE; AMORIM ASSUMPÇÃO, 2104, p. 37).

Segundo a autora Judith Martins (2015, pp. 40 - 41) a expressão boa-fé por ser semanticamente aberta não é de fácil caracterização, sendo necessário à sua contextualização com as circunstâncias determinantes para a sua aplicação. Para a autora, o conceito de boa-fé objetiva, parece interessar mais pela a sua função, do que propriamente o seu conceito. Assim, o agir segundo a boa-fé objetiva visa concretizar um padrão de conduta pautado na lealdade, probidade hábeis a viabilizar uma transação negocial adequada.

Para a autora Cláudia Lima Marques (2014, p. 377), a boa-fé objetiva diz respeito ao exame objetivo do sujeito em todas as fases contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual), servindo como parâmetro de interpretação do conteúdo do contrato e identificação de abusos de direito, criando para isso, deveres anexos. Nesse sentido, a autora supracitada, identifica três funções essenciais e obrigatórias decorrente da boa-fé objetiva: “1) Diretriz ou critério hermenêutico; 2) criação de deveres jurídicos denominados anexos, conexos, laterais ou acessórios; 3) limitação do exercício de direitos subjetivos. As três funções interligam-se e servem para melhor delimitar a aplicação do princípio” (LIMA, 2014, P. 378).

Da vertente hermenêutica, extraia-se a ideia de os contratos serem interpretados, segundo os parâmetros traçados pela lealdade e honestidade entre as partes, podendo extrair do artigo 47 do CDC essa função, ao determinar que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Já a função de criação dos deveres anexos, significa dizer que esses deveres não decorrem unicamente das cláusulas do contrato, pois estes independem da

manifestação das partes, são eles, o dever de informação, cuidado, segurança, colaboração. Esses deveres se encontram espelhados em alguns artigos do CDC, como sucede no dever de informar, disposto no artigo 6º, III, e art. 31; art. 52, caput, e quando para preservar a segurança do consumidor, prevê no artigo 10, §1º, o dever de promover o *recall* de produtos que, posteriormente à sua introdução no mercado, apresentarem defeitos. Em relação à terceira função, a boa-fé, objetiva ser como limite para o exercício de direitos subjetivos, funcionando como parâmetro para valorar as condutas das partes, de modo a evitar abuso de direito (LIMA, 2014, P. 379-380).

A delimitação da vontade das partes na relação contratual é o principal escopo do princípio da boa-fé objetiva. Nesse espeque, a boa-fé objetiva elenca novos deveres anexos, e conseqüentemente impõe novos limites aos sujeitos que ocupam posições distintas nas relações contratuais, traçando como parâmetro um comportamento *probo*, que o homem médio deve ter nas relações contratuais. Corroborando com a lição da autora supracitada, Juliana Cardoso dos Santos (2011, p. 17-18), salienta que a boa-fé objetiva possui três funções principais, a teleológica, que visa buscar uma melhor interpretação das cláusulas contratuais, perseguindo a concretização de uma igualdade material, os deveres anexos, como o dever de informação ao que se está contratando, e uma função limitativa, ao coibir a propositura de cláusulas desproporcionais, a fim de evitar uma maior onerosidade a parte mais vulnerável da relação, o consumidor.

O princípio da boa-fé objetiva tem como função viabilizar os ditames constitucionais de ordem econômica, a fim de compatibilizar interesses contraditórios, como o interesse do consumidor, parte vulnerável, e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Com isso, o princípio em questão não objetiva apenas a defesa do débil, mas sim um fundamento interpretativo, garantidor da ordem econômica, conforme preceitua o artigo 170 da Constituição Federal (NUNES, 2015, p. 17-160).

Assim, o inciso III do artigo 4º, ao dispor que “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”, aponta para a existência de uma harmonia entre os partícipes da relação de consumo. E essa harmonização esta fundada na boa-fé e no equilíbrio.

Nesse diapasão também se encontra amparado pelo princípio da boa-fé objetiva, o artigo 6º, inciso, IV, dispõe em sua parte final, que são direitos básicos do consumidor, a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. A expressão “práticas abusivas”, segundo Sergio Cavalieri (2014, p. 109) é evidentemente, genérico, devendo ser interpretada conforme o objetivo do microsistema do consumidor, qual seja, a proteção. Então, deve, pois, ser considerado abusivo tudo que vier afrontar a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor.

Imperioso ressaltar que a boa-fé objetiva como cláusula geral apta a impor um padrão de conduta a regular as relações negociais voltada a estabelecer a lealdade mútua entre as partes, só veio ser reconhecida a partir da Primeira Guerra Mundial, mais precisamente pela jurisprudência Alemã, que no pós-guerra, atribui as partes do contrato deveres gerais de informação, sigilo, colaboração, impondo um verdadeiro (*standards*) de um elevado padrão de conduta a ser seguido. Então, a boa-fé objetiva é um conceito em construção, considerada inicialmente como um princípio geral de cooperação recíproca, hoje ela traduz uma ideia de solidariedade social nas relações privadas, passando a mitigar o exercício exacerbado da autonomia privada dos contratantes (SCHREIBER, 2012, pp. 82 – 85).

Para o autor, do ponto de vista dogmático, tem-se atribuído uma tríplice função a boa-fé objetiva no sistema jurídico, uma função interpretativa dos negócios jurídicos; uma função criadora de deveres anexos e uma função restritiva do exercício de direitos. Dessas funções atribuídas a boa-fé objetiva, a primeira funciona como um critério hermenêutico interpretativo, de modo atender sempre a lealdade e a honestidade entre as partes, impedido interpretações maliciosas. No que tange a segunda função, essa visa estabelecer deveres anexos que irão viabilizar a relação negocial. Esses deveres são estabelecidos entre as partes, contratualmente, mas também pode decorrer de lei, como é o caso do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, o dever de informação. A terceira função por sua vez, visa impedir o exercício do direito em contrariedade a lealdade e a confiança que deve ser preservada nas relações negociais. Aqui a boa-fé exerce um fator de grande importância a condição alheia, levando a resguardar as expectativas geradas das partes no momento da contratação. A boa-fé, remete-se aqui, a chamada tutela da confiança (2012, pp.86 – 91).

A definição de um comportamento pautado na boa-fé, sempre traz consigo a ideia de confiança que deverá ser desenvolvida entre as partes do contrato. A confiança cumpre aqui um papel muito importante, ao ponto de se considerar a boa-fé objetiva como “uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa”. A confiança é considerada pelos doutrinadores, um padrão de comportamento, que transcende o próprio âmbito da boa-fé objetiva, visível em todas as áreas do direito, perpassando também, pelo campo de objeto de estudo de outras disciplinas, como a sociologia, ciências políticas e economia, por estar associada a motivações comportamentais. Nesse sentido, a confiança vem justamente compor a dimensão social do exercício do direito pelos privados, deslocando a atenção do direito para os efeitos concretos da sua adoção deixando de se centrar apenas sobre as fontes dos padrões de conduta. A tutela da confiança transcende a mera vontade dos sujeitos da obrigação, e passa a ter uma visão mais solidária sobre o ponto de vista externo dos atos individuais, atribuindo a estes eficácia obrigacional, independentemente da vontade do sujeito (SCHREIBER, 2012, pp. 92 – 94).

A tutela da confiança está intimamente ligada ao *nemo potest venire contra factum proprium*. Isso porque, a proibição de comportamento contraditório visa muito mais que a simples manutenção da coerência nas obrigações contraídas, o *venire contra factum proprium* protege a confiança gerada na outra parte, em terceiros, de que o comportamento das partes no momento da celebração de algum negócio seria mantida, uma vez que a incoerência e contradição aos próprios atos, ensejaria uma violação as leais expectativas gerada em outrem, acarretando – lhes prejuízos. A confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial na medida em que se torna um princípio de proibição a ruptura da confiança, por meio do comportamento incoerente. Para Anderson Schreiber “é a tutela da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium*”. Entretanto, apesar da tutela da confiança não se encontrar prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento normativo previsto para a proibição de comportamento contraditório é a boa-fé objetiva. Percebe-se então, que ambos os conceitos estão intimamente ligados (SCHREIBER, 2012, p. 95 -104).

Para o autor supracitado a proibição do comportamento contraditório (2012, p. 100):

Aplica-se, então, primordialmente àqueles atos que não são originariamente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não se tenha manifestado expressamente. Sua aplicação é por esta razão, dita muitas vezes subsidiária porque restrita àquele campo em que não há a incidência direta de norma específica autorizando ou proibindo o comportamento incoerente (...).

Desse modo, a proibição do comportamento contraditório vai além da própria previsão expressa prevista em lei, decorrendo de alguma medida da tutela da confiança que se impõe como proibição de um comportamento incoerente. Assim, tenha-se a tutela da confiança concebida como uma vedação ao comportamento incoerente em relação as expectativas geradas em relação ao comportamento originário. E esse instrumento de proibição é reflexo do princípio da solidariedade social emanado do artigo 3º da Constituição Federal que protege a posição alheia também na atuação privada. Nesse contexto, a tutela da confiança exerce uma função de grande importância na proteção as expectativas leis geradas no momento da contratação, em todos os ramos do direito (SCHREIBER, 2012, p. 107).

2.3.2 Princípio da Vulnerabilidade

O Código brasileiro de Defesa do Consumidor, reconhece em seu inciso I do artigo 4º, o consumidor como vulnerável. Esse reconhecimento, é um reflexo do princípio da isonomia consagrado no texto da Constituição Federal. E isso significa dizer que o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Neste sentido, o direito do consumidor é dotado de uma carga principiológica muito importante para a correta interpretação e aplicação das suas normas. Dos vários princípios gerais reconhecidos nesse microsistema, seja eles explícitos ou implícitos extraídos do contexto normativo da própria lei, o princípio da vulnerabilidade é considerado pela Doutrina como o basilar que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor (MIRAGEM, 2013, p.113).

Em decorrência do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor pelo CDC, é que surge a necessidade de proteger o elo mais fraco da relação consumerista, tanto pelos meios legislativos, como também administrativo, afim de alcançar uma tutela

protetiva satisfatória. Assim, surge a autorização para a ação do Estado através de ações governamentais de criação de instituições públicas aptas a proteção do consumidor, como é o caso dos PROCONS, como também de incentivos dados pelo Estados para a criação de Associações para a defesa de tais interesses. Então compete ao Estado a defesa dos interesses do consumidor, criando políticas públicas que vise assegurar os direitos salvaguardados pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais para que se evite distorções e desequilíbrios.

Para Bruno Miragem, a proteção do consumidor vulnerável constitui o fundamento teleológico de todo o microssistema. O artigo 4º do CDC elenca dentre os princípios informadores da relação de consumo, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. É sabido que na sociedade atual existe um desequilíbrio entre dois agentes econômicos, quais sejam, o consumidor e o fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento dessa relação não equânime é que justifica a proteção do consumidor, por ser a parte vulnerável, o sujeito mais fraco na relação de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 114).

Essa fraqueza reconhecida pelo CDC, é materializada, segundo Rizzatto Nunes (2015, p. 176), em dois aspectos: um de ordem técnica e outro de ordem econômica. O aspecto de ordem técnica está relacionado ao monopólio dos meios de produção pelo fornecedor, não se referindo apenas aos meios ligados com a produção e distribuição de produtos, mas também ao elemento fundamental da decisão, pois segundo o autor supracitado, é o fornecedor que escolhe e decide como e de que forma vai produzir ficando o consumidor a mercê daquilo que é produzido. Já o aspecto econômico, diz respeito a maior capacidade econômica que o fornecedor tem em relação ao consumidor.

Corroborando com o pensamento do autor supracitado, para a autora Claudia Lima (2014, p. 105) existe três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática, e uma quarta espécie de vulnerabilidade, a informacional, que vem sendo reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgados recentes.

A vulnerabilidade técnica se dar na hipótese em que o consumidor não possui conhecimento técnico sobre o produto ou serviço que está adquirindo. Por outro lado, é de se presumir que o fornecedor detenha conhecimento técnico sobre o produto ou serviço que comercializa. Pela falta de equilíbrio sobre características essenciais do objeto, resta reconhecido a vulnerabilidade. A vulnerabilidade jurídica, por sua vez

verifica-se quando o consumidor não possui conhecimentos sobre os direitos e deveres que lhe são atribuídos em uma dada relação, assim como a ausência da compreensão das consequências jurídicas que lhe são impostas. Já a vulnerabilidade fática é a espécie mais ampla de todas, que abrange genericamente situações concretas diversas que reconheça a fragilidade do consumidor (MIRAGEM, 2103, p. 115-116).

Ainda no que toca a vulnerabilidade jurídica do consumidor, é importante frisar que essa decorre também da dificuldade de defesa dos seus interesses em juízo, pois muitas vezes este não tem conhecimento de seus direitos e dos mecanismos legais de reivindicação. Então, diante de uma demanda judicial onde se discute direitos decorrente de uma relação consumerista, poderá o juiz reconhecer a hipossuficiência do consumidor, quando restar demonstrado a dificuldade desse sujeito de direitos de comprovar os seus interesses em juízo (MARIMPIETRI, 2011, p. 42-44).

Assim, tenha-se que o princípio da vulnerabilidade é o reconhecimento em abstrato de uma presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo que fundamenta a existência de um microsistema em que suas normas protetivas regulem a relação consumeristas (MIRAGEM, 2013, p. 117).

Nesse sentido, no âmbito da tutela especial do consumidor, é ele, efetivamente, a parte mais fraca e vulnerável da relação de consumo, se levarmos em conta que os detentores dos meios de produção é que detém todo o controle do mercado, ou seja, tem o poder de decisão sobre o que produzir, como produzir, sem falar na fixação de sua margem de lucro. Para o autor José Geraldo Brito Filomeno (2011, p. 73-74), embora se tenha em vista a livre concorrência, os fundamentos do livre mercado é a própria Constituição Federal no seu artigo 170, que estabelece os parâmetros da ordem econômica visada pelo Estado brasileiro, colocando em um dos seus pilares a defesa do consumidor. E toda essa preocupação conferida pelo Estado ao consumidor, visa estabelecer o equilíbrio necessário a harmonia econômica no relacionamento Consumidor-fornecedor.

O Direito do consumidor é, assim, um conjunto de normas e princípios especiais que visa cumprir primeiramente mandamentos constitucionais, como é o caso do Artigo 5º., XXXII, da Constituição Federal de 1988, que prevê “ O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, assim como, assegura como princípio geral da atividade econômica, a necessária defesa dos sujeitos de direitos, consumidor no

Artigo 170 da CF 1988 “ A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor” (LIMA, 2014, p.35).

Por isso é que dentro das recentes transformações que o direito contemporâneo vem sofrendo, tem apontado a necessidade de providências legislativas que vise equalizar relações jurídicas marcadas pelo traço da desigualdade. Desigualdade esta, que se expressam de várias formas na relação consumerista, como a desproporção econômica das partes, a falta de acesso ou compreensão das informações básicas que envolve determinado negócio jurídico, caracterizando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos, nesse caso, o consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 35).

É nesse contexto, que os autores Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2014, p. 32-33), afirma que, a principal justificativa para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a proteção da dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, III, da Constituição da República. Desse modo, todo consumidor é sempre vulnerável, sendo uma característica intrínseca a própria destinação de destinatário final do produto ou do serviço, sendo que, enquadrada a pessoa como consumidora, essa fará *jus* aos benefícios previstos nesse importante estatuto jurídico protetivo.

2.3.3 O Princípio do Equilíbrio Econômico do Contrato

O princípio do equilíbrio contratual pretende a concretização do princípio da justiça, disposto no artigo 3º, I da CF. Isso porque, relações jurídicas equilibradas implicam em tratamento equitativo. Esse princípio, está previsto no artigo 4º, III do CDC que alude á “boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. Pretende-se com o equilíbrio econômico a existência de uma relação entre fornecedor e consumidor equilibrada, ou seja, uma prestação e contraprestação justa (ROSCOE, 2104, P. 380).

Esse princípio está refletido em varias passagens da Lei 8.078/1990, inclusive no artigo 6º, V, onde prevê que é direito básico do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que vier a estabelecer prestações desproporcionais. No artigo 39, V, diz

que é considerada prática abusiva, exigir do consumidor vantagem manifestadamente excessiva, assim como o artigo 39, X, que despõe que elevar sem justa causa o preço de bens e serviços, constitui prática abusiva. Assim, é verídico afirmar que o princípio do equilíbrio econômico se faz presente em diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a fim de viabilizar uma relação igualitária entre as partes (ROSCOE, 2014, P. 381).

Essa proibição das práticas abusivas trazidas pelo CDC nos supracitados artigos, que reflete nitidamente o princípio do equilíbrio econômico, principalmente o que dispõe no artigo 39 do mesmo, busca uma harmonização que transcende os interesses individuais de um determinado consumidor em uma dada relação consumerista. Como é o caso do inciso X do mesmo diploma normativo, que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. Essa prática segundo Bruno Miragem (2013, p. 195) visa assegurar uma proteção coletiva, tento em vista a repercussão geral que a vedação dessa conduta abusiva pode alcançar, interferido na contenção de práticas desleais, como é o caso do direito a concorrência, pois é qualificada como infração à ordem econômica.

Sobre a igualdade contratual e desequilíbrio econômico, é a lição da autora Claudia Lima Marques (2013, p. 281):

Concentra-se no desequilíbrio apenas econômico do contrato de consumo seria uma visão limitada da noção de equidade contratual (*vertragsgerechtigkeit*) imposta pelo CDC e pelo princípio da boa-fé objetiva. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que originam a troca econômica.

Desse modo, o Artigo 51, inciso IV do CDC, reflete tanto o princípio da boa-fé objetiva como a manutenção do equilíbrio econômico do contrato. Em decorrência do princípio do equilíbrio do contrato, vedam-se cláusula que imponha vantagens excessivas e exageradas ao consumidor. Embora os contratos estabelecidos no mercado de consumo tenha por objetivo a obtenção de lucros por parte do fornecedor, busca-se, portanto, a justiça contratual, vedando-se abusos nas obrigações estabelecidas ao consumidor, principalmente aquelas relativas à fixação de preços (ROSCOE, 2014, p. 400).

2.3.4 Princípio da Informação

Antes da revolução tecnológica propiciada na era da pós-modernidade, a informação não tinha tanta relevância como se tem hoje, até porque, era vista como um direito meramente individual, na medida que a informação transparente e verdadeira sobre algo, sempre é muito importante para a conformação consciente do que está contratando. Entretanto, com o avanço tecnológico, principalmente com a chegada da internet, a informação passa ter grande relevância, inclusive jurídica, merecedora de proteção. Essa proteção jurídica da informação verdadeira e transparente é de suma importância, pois ela é capaz de influir decisivamente sobre a tomada de decisões. Então o dever de informar de forma verídica e transparente, cumpre uma função social, a qual seja, a atividade informativa (MEDEIROS, p. 1).

Os direitos do consumidor, inclusive o direito há informação, são direitos fundamentais de terceira dimensão, e somente foram concebidos nas últimas décadas do século XX. Levando em consideração a grande assimetria existente no mercado de consumo entre o fornecedor e consumidor, somente o consumidor bem informado dos seus direitos, é capaz de atuar de modo consciente, oportunizando assim, um maior equilíbrio na relação (MEDEIROS, p. 2).

Para José Carlos Maldonato (2011, 9-11), o princípio da informação é um dos norteadores das relações de consumo, fundamentando-se na educação e harmonia entre consumidores e fornecedores, no que atine seus direitos e deveres inerentes a uma dada contratação, com vista á melhoria do mercado de consumo.

As diretrizes e a previsão do direito à informação não estão previstas somente no âmbito da legislação infraconstitucional, como é o caso do CDC, pois a Constituição Federal de 1988, inseriu-a no rol dos direitos fundamentais. Assim a CF no seu art. 5.º, XXXII previu a defesa do consumidor como um direito fundamental e em seu art. 5.º, XIV, devida a sua importância, o acesso a informação como direito fundamental. Desse modo, o direito a informação para o autor Paulo Luiz Netto (2011, p. 596) “não diz respeito apenas á ordem privada dos sujeitos, mas irradia-se na consideração pública do campo indisponível da cidadania ativa, segundo a concepção contemporânea que não a vê apenas no exercício do direito oponível ao poder político, mas em face do poder econômico”.

O artigo 6º, IV do CDC proíbe o abuso de direito, e impõem a transparência e a boa-fé na celebração dos contratos de consumo, nos métodos comerciais, e na publicidade. O princípio da transparência funciona aqui, previsto no Art. 4º, *Caput*, como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, princípio este, orientador do Código de Defesa do Consumidor. Este princípio se traduz na obrigação do fornecedor oferecer ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que lhe são oferecidos, proporcionando assim, um prévio conhecimento do seu conteúdo (NUNES, 2015, p. 176).

Do princípio da transparência ou confiança, decorre o dever de informação, previsto no inciso III do artigo 6º. A informação no âmbito jurídico tem um duplo aspecto que se constitui no dever de informar e o direito de ser informado, sendo que o primeiro aspecto está relacionado com quem oferece o produto ou serviço e o outro, se refere a quem adquire ou contrata esses serviços, ou seja, ao consumidor. Dentro desse contexto, o artigo 6º, III, determina que constitui direito básico do consumidor a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Visando maior transparência nas relações travadas entre fornecedores e consumidores, foi contemplada pela Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012, o dever do consumidor ser informado de forma detalhada e minuciosa sobre os tributos pagos por ele, em determinada obtenção de bens e serviços, decorrência do quanto garantido pelo artigo em questão (TARTUCE; AMORIM ASSUMPÇÃO, 2014, p. 40).

A informação segundo José Geraldo Brito Filomeno (2016, p. 15), é decorrência da harmonização da relação de consumo, prevista no inciso III do art. 4º, se referido em um estado de paz, sem conflito, que deve existir na proteção dos interesses dos consumidores. A referida tranquilidade deve estar sempre baseada na boa-fé e no equilíbrio nas relações travadas entre consumidores e fornecedores.

Para a autora Cláudia Lima Marques (2014, p. 77), a informação tutelada pelo CDC, deve ser concretizada de forma clara e adequada, devendo essa nova transparência, como assim denomina, reger todas as fases contratuais. A informação é mais do que um elemento formal, pois ela afeta a própria essência do negócio contratual, pois integra o conteúdo do contrato, que se vier a falhar, representara um vício na qualidade do serviço oferecido. Como constitui um direito do consumidor de ser

informado, não poderá o fornecedor fraudá-lo, tendo este, o dever de cumprir o quanto determinado na norma, prestando de forma clara e transparente as informações ao consumidor. Assim, a norma que prevê o silêncio do consumidor como aceitação, a exemplo do artigo 111 do CC/2002, mesmo com falha na informação, não deve prevalecer, acarretando nulidade da cláusula no sistema do CDC, art. 51, I.

Como bem aduz o autor José Geraldo Brito Filomeno (2011, p. 86), o dever de informação é uma tarefa de todos: Estado, empresa, órgãos públicos e entidades privadas de defesa ou proteção do consumidor. O fato do CDC prevê instrumentos que são colocados à disposição do consumidor no seu artigo 5º, o dever de informação continua sendo imprescindível para que ele tenha o devido acesso.

Ao reconhecer como princípio básico a vulnerabilidade do consumidor, tem-se por consequência a necessidade da presença do Estado no mercado para que atue na proteção desse sujeito de direitos protegendo a liberdade do contratante mais fraco, o consumidor. A liberdade proposta aqui é a liberdade do mais fraco, do leigo, do consumidor e não do mais forte, do fornecedor de bens e serviços. O que se pretende é a concretização da igualdade não só formal, mas material. Daí que prepondera a lei sobre a vontade das partes, uma forma de tentar equilibrar a relação de consumo, em uma análise mais acentuada da boa-fé objetiva, como bem intenciona o princípio do art. 4º, III, o princípio da informação (LIMA, 2014, p.76)

O amparo a informação transparente e adequada, pode ser retirada do caput do artigo 4º do CDC, segundo o qual “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 da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”. A ideia central do referido dispositivo é possibilitar uma aproximação contratual entre consumidor e fornecedor de forma sincera e transparente e menos danosa. Essa transparência perpassa por uma informação clara e adequada dos bens e serviços que é objeto do contrato. A tutela da transparência e da confiança é um desdobramento do princípio da boa-fé que rege as relações consumeristas (TARTUCE; AMORIM ASSUMPÇÃO, 2014, p. 43-44).

Esse dever conforme preceitua Rizzatto Nunes (2015, p. 183) “exigido mesmo antes do início de qualquer relação. A informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não pode ser oferecido no mercado sem ela”. Trata-se de

informar bem o público sobre todas as características importantes do produto e bens de serviços para que no momento do contrato, o consumidor saiba justamente o que está adquirindo (BRITO, 2011, p. 154).

2.3.5 Princípio da Função Social do Contrato

Diante de profundas transformações ocorridas ao longo da humanidade, principalmente no pós-Guerra, as mazelas deixadas por esse momento trágico mundialmente conhecido reclamou uma maior valorização e respeito aos Direitos Humanos, influenciando assim, vários ordenamentos jurídicos, inclusive o direito privado, passando o Estado a ter uma atuação mais voltada aos interesses sociais e coletivo. Nessa mesma linha de valorização dos direitos de cunho social, como educação, saúde entre outros, os chamados direitos sociais, onde o interesse preponderante era o da coletividade, o contrato dentro desse contexto, também passa por transformações significativas em seu conceito para adequar a essa nova realidade, evoluindo de espaço regulado pelo direito privado e prevalência da autonomia das partes, para um instrumento mais equitativo e social (MARQUES, 2017, p. 5).

O contrato é hoje um conceito em transformação. Entretanto, essa transformação não perpassa por uma desnaturação dos seus atributos essenciais, como a satisfação dos interesses particulares que são baseados na autonomia das partes, como o reflexo de uma relação jurídica econômica. Entretanto, são reconhecidas em nosso ordenamento as consequências da “nova teoria contratual” que mitiga a força obrigatória dos contratos pelo reconhecimento de novos deveres oriundos da aceitação geral do princípio da boa-fé objetiva, quando do compromisso firmado pelos contratantes. Sabe-se então que, o direito privado contemporâneo perpassa por uma série de transformações nas dogmáticas tradicionais devido as influências entre os direitos público e privado na ótica da Constituição Federal da República em 1988 (MIRAGEM, 2011, p. 133-134).

A Constituição Federal do Brasil de 1988 representa um novo paradigma no ordenamento jurídico pátrio, onde institui os princípios da dignidade da pessoa humana e a solidariedade como norteadores da nova ordem constitucional.

Considerados como princípios fundamentais do direito brasileiro, estes devem ser entendidos como premissas básicas a fundamentar toda ciência do direito. Tem-se aqui o homem como epicentro do ordenamento jurídico, e os seus direitos subjetivos devem ser tutelados de acordo com a função social por eles exercidas (CUNHA, p. 13-14).

Sendo assim, a matéria relacionada com o direito dos contratos e o reconhecimento da desigualdade fática em certos tipos de contratantes, como o contrato de consumo, a legislação pátria cria um microssistema protetivo, onde passam a valer cada vez mais de cláusulas gerais em diferentes textos normativos, a fim de adequar a interpretação ao caso concreto. Dentro desse contexto, podemos citar a boa-fé objetiva como um princípio orientador que cumpre justamente a finalidade posta pela nova forma de interpretar os contratos, no sentido de considerar os deveres mútuos de cooperação, lealdade e respeito entre os contratantes, permitindo que o juiz na análise do caso concreto verifique se esses parâmetros foram respeitados, e não sendo, sancionar a sua violação a partir do exame do caso concreto (MIRAGEM, 2011, p. 135).

O Código de Defesa do Consumidor traz com toda a evidência possível que não se pode considerar mais a concepção de contrato consagrada anteriormente, onde a sua essência era constituída basicamente na autonomia da vontade das partes e conseqüente, na sua força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Como é cediço, a sociedade mudou, e vivemos sobre o domínio do capital, razão porque, se faz necessário que haja uma nova visão interpretativa dos pactos, sobretudo os contratos de consumo. Em razão da relativização da força obrigatória dos contratos, o Código de Defesa do Consumidor traz implicitamente como princípio fundamental a função social dos contratos, sendo este um conceito básico para que se possa entender a própria finalidade dos contratos, inclusive o objetivo buscado pelo microssistema de proteção ao consumidor (TARTUCE; AMORIM ASSUMPÇÃO, 2014, p. 46).

Nessa nova concepção, significa dizer que a função social orienta a formação de relações contratuais justas, ou seja, deve haver um equilíbrio entre as prestações estabelecidas de maneira a conservar uma igualdade substancial entre as partes. Essa é a chamada função social “intrínseca” do contrato. É uma função que objetiva uma igual dignidade entre os indivíduos, atua “inter partes” (CUNHA, p. 33).

Dentro dessa nova abordagem, a atuação das partes nas relações contratuais alterou até mesmo suas consequências, pois exige uma atuação isonômica e impõe a vedação de cláusulas abusivas capaz de onerar excessivamente um dos contratantes, ou até mesmo lhe causar prejuízos, promovendo a igualdade entre as partes. A atuação do Estado dentro desse novo panorama a impor-lhes parâmetros a serem seguidos e sanções de norma de ordem pública em uma relação privada, serviu para amparar o economicamente o mais fraco, diante do poderio da parte contratante, conferindo a este um mínimo de bem-estar social e econômico (SCHIMITT, 2011, p. 123).

A adoção de normas de ordem pública, conforme prevê o artigo 1º do CDC, que tem por objetivo limitar a autodeterminação por via contratual de direitos subjetivos e protetivos dos consumidores, é uma forma de assegurar o exercício dos poderes de conformação contratual a partir de um standard legal, de um padrão mínimo indisponível (MIRAGE, 2013, p. 227).

O objetivo do princípio da função social dos contratos é equilibrar uma relação desequilibrada, em que o consumidor parte vulnerável dessa relação sempre figurou com vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo. A adoção de normas de ordem pública, conforme prevê o artigo 1º do CDC, que tem por objetivo limitar a autodeterminação por via contratual de direitos subjetivos e protetivos dos consumidores, é uma forma de assegurar o exercício dos poderes de conformação contratual a partir de um standard legal, de um padrão mínimo indisponível (MIRAGE, 2013, p. 227).

Sobre o tema é o ensinamento de Bruno Miragem (2013, p. 226):

A influência da regulação jurídica do CDC acerca dos contratos de consumo é decisiva para toda a teoria dos contratos no direito privado brasileiro e comparado. O direito do consumidor sedimenta, pois, uma nova concepção social do contrato. Refere-se esta noção ao fato do contrato, ao mesmo tempo em que tem alta representação como expressão do poder da autonomia individual, também deve ser regulado em consideração aos eventuais efeitos que se produzem á comunidade e á frustração dos interesses dos contratantes em razão da realidade social de diferenças entre os níveis de poder dos diversos sujeitos envolvidos na conformação do pacto. Atualmente, o atual Código Civil, em seu artigo 421 complementa esta noção introduzindo no direito brasileiro, do ponto de vista legislativo, o princípio da função social do contrato, nos seguintes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E em que pese o pouco tempo de vigência do atual Código, o significado e as possibilidades desta nova cláusula geral já são objeto de viva preocupação dos juristas brasileiros, sendo inclusive considerada por reconhecidos

autores, como a mais importante inovação do Código Civil no direito contratual.

A função social dos contratos também encontra previsão no Código Civil de 2002, Artigo 2.035, parágrafo único, uma vez que o contrato deve ser interpretado levando em conta o contexto social de determinada época. Assim, é possível concluir que a função social dos contratos exerce tanto uma eficácia interna, entre as partes contratantes, como uma eficácia externa, para além das partes contratantes, ou seja, uma eficácia social. E isso se justifica pois, o CDC é uma lei de função social, atuando de forma imperativa nas relações jurídicas de direito privado, ao prevê um rol de direitos que garantirá uma relação equânime entre as partes (TARTUCE; AMORIM ASSUMPÇÃO, 2014, p. 47).

Tenha-se assim que o Código de Defesa do Consumidor inaugurou uma grande mudança nas relações jurídicas estabelecidas entre consumidor e fornecedor, criando um contrato capaz de assegurar direitos a parte mais fraca da relação de consumo, protegendo esse sujeito de direitos de lesões e abusos anteriormente praticados. O contrato passa a exercer uma função social, onde os interesses de ambas as partes estarão protegidos, passando o legislador a conferir uma superioridade de proteção legal ao consumidor para compensar a sua natural inferioridade econômica e contratual em face do fornecedor (BATISTA, 2011, p. 140-141).

2.3.6 O Princípio da Igualdade e o Código de Defesa do Consumidor

A questão da igualdade entre os homens é um tema que a muito é tratado em vários campos do pensamento humano. Cada área, portanto, desenvolve métodos específicos, determinante para a análise do tema sobre determinada perspectiva de estudo. O direito como um campo da ciência humana, não podia ficar à mercê de uma temática tão relevante e importante para o convívio humano. Assim, a ciências jurídicas como um meio de adaptações do convívio social, ira tratar dentro das relações sócio-jurídicas, o que é tolerável tratar como igual e desigual. É imperioso ressaltar que, a igualdade entre os homens passou a ser vista como um princípio e, portanto, tutelada em um ordenamento jurídico, com a publicação do *Bill of rights* de

Virgínia, onde o texto de determinado documento jurídico, referiu a igualdade como parâmetro aos demais direitos fundamentais (FERREIRA, 2011, 257-259).

A luta pelo reconhecimento do consumidor como sujeito de direito e inclusive o reconhecimento de sua vulnerabilidade partindo da ideia de uma relação desequilibrada, e a necessidade de uma tutela protetiva que reconheça a sua igualdade perante a lei, foi objeto de grandes lutas.

Assim, através de todo movimento de conquista por direitos, o artigo 6º, do CDC, estabeleceu compromisso de tratamento igual a todos os consumidores, consagrando a igualdade nas contratações. Essa igualdade reconhecida pelo Código de Direito do Consumidor, é fundamentada na isonomia constitucional, reconhece alguns privilégios aos consumidores hipervulneráveis, como é o caso de idosos, crianças, portadores de deficiências, merecedores de uma proteção especial (TARTUCE, AMORIM ASSUMPÇÃO, 2014, p. 54).

A principiologia que rege a política nacional das relações de consumo explica quais as motivações legislativas e propõe quais o critério discriminador, reconhecendo as desigualdades e propondo uma igualdade material. E isso fica claro quando o microssistema reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e verifica a necessidade de uma ação governamental a ser estabelecida no sentido de proteger efetivamente o consumidor (FERREIRA, 2011, p. 270).

E essa atuação Estatal se justifica pois, o mercado não apenas cria produtos destinados ao consumo. Ele cria necessidades. Estas são absorvidas de maneira inconsciente pelos consumidores. E esses mecanismos são impostos de diferentes formas, desde da massificação de bens e serviços, aos avanços tecnológicos e industriais, a ampliação das informações pelos meios de comunicação mais modernos, que propaga a cultura do consumo, resultando em uma perspectiva individualista propagada pelo mercado, moldando a pessoa no padrão de vida social que lhe convém, proporcionando uma identidade de consumidor (WEBER, 2013, p. 63).

Para o autor Ricardo Maurício Freire (2009, p. 104) a igualdade prevista no Código de Defesa do Consumidor:

(...) não pode ser interpretada em seu sentido abstrato, sem o devido amparo na realidade do sistema capitalista. Não raro o consumidor se submete aos sortilégios dos fornecedores de produtos e serviços, como única forma de satisfazer suas necessidades básicas. Essa situação de desequilíbrio, todavia, é prejudicial para o convívio harmônico entre atores sociais, cabendo ao direito do consumidor modular as relações dos agentes econômicos, de molde a garantir a igualdade real no seio do mercado de consumo.

Assim, o CDC inaugura um novo marco na renovação do paradigma da igualdade no sistema jurídico brasileiro, onde estabelece uma diferenciação no tratamento dado ao consumidor na relação de consumo, tentando compatibilizar os interesses de consumidores e fornecedores no contexto do mercado de consumo (FREIRE, 2009, p. 104- 105).

3 OS DIREITOS CONSUMERISTA SOB A PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO A PRÁTICAS ABUSIVAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação jurídica de consumo é a mais comum no nosso cotidiano. Ela é travada na maioria das vezes, diante da real necessidade de aquisição de bens e serviços essenciais para a própria sobrevivência humana. E sendo a mais frequente e essencial, a proteção contra práticas abusivas nessa relação se justifica, já que para configurar uma relação de consumo, temos em um dos polos o fornecedor e do outro o consumidor, considerado aqui, a parte vulnerável dessa relação marcada por um desequilíbrio de forças.

Essa proteção jurídica a pessoa mais fraca é muito importante, pois apesar da sociedade de consumo em massa trazer uma pluralidade de produtos que são postos no mercado de modo a otimizar e satisfazer as necessidades básicas e aparentes dos consumidores, a concorrência entre os fornecedores, diante da política de liberalização de mercado, faz com que estes se utilizem de técnicas e práticas comerciais nocivas com o intuito de captação de clientela. A publicidade e as diferentes formas de captação da clientela são usadas com o intuito principal de oferecer e divulgar produtos e serviços, desenvolvendo assim, a curiosidade do

consumidor e o seu desejo de consumir. Todo esse exercício de liberdade de iniciativa, publicidade e as demais práticas comerciais, guarda um único objetivo, a contratação do produto ou serviço pelo consumidor. Entretanto, em meio ao exercício regular do direito de utilizar as diversas práticas comerciais, não poderá o fornecedor cometer abusos, ferindo a boa-fé objetiva e o equilíbrio de interesses das partes contratantes.

Assim, é que, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, IV, prevê como direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas, constituindo uma norma de grande relevância prática, já que toda estrutura normativa de proteção do consumidor orienta-se em grande medida na coibição de comportamentos abusivos do fornecedor. Considerado como um dos direitos básicos, portanto, indisponíveis pelos consumidores, integrando a ordem pública de proteção do consumidor.

3.1 CONCEITO DE PRÁTICAS ABUSIVAS

As práticas comerciais exercidas pelos fornecedores com o intuito de otimizar as vendas são frutos da liberdade geral de ação, não sendo consideradas a princípio, ilícitas, já que tais práticas são realizadas pela conjugação de duas garantias constitucionais, a livre iniciativa e a propriedade privada. Sendo assim, as práticas comerciais praticadas pelos fornecedores são compatíveis com os ditames da ordem econômica nacional, pois a livre iniciativa é o seu fundamento e a propriedade privada o princípio respectivo. Entretanto, o direito do fornecedor de realizar práticas comerciais é relativo, isso porque, a constituição dispõe que a atividade econômica baseada pela livre iniciativa deverá obedecer alguns princípios, dentre eles, a defesa dos interesses do consumidor para que alcance o fim último pretendido pela Lei maior, que é a justiça social.

Percebe-se então que, a Constituição Federal consagrou direitos para ambas as partes da relação de consumo, fornecedor e consumidor. E isso faz com que nenhum interesse se sobreponha ao outro, já que o CDC no seu art. 4º, II, estabelece o princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a consequente compatibilização das necessidades do consumidor e o

desenvolvimento tecnológico de modo a viabilizar os princípios que regem a ordem econômica. Esses interesses sempre deverão estar em conformidade com a boa-fé objetiva para que o equilíbrio na relação seja preservado.

Deste modo, como se permite a realização de práticas comerciais por parte dos fornecedores, garante-se ao consumidor a proteção jurídica, a fim de equalizar a igualdade de força, pois este, é a parte mais fraca da relação de consumo diante da capacidade econômica daquele. A proteção se justifica pois, o consumidor sendo a parte mais frágil, está mais vulnerável a sofrer abusos, razão pela qual, o legislador antevendo maiores dúvidas consagrou o princípio da coibição e repressão eficiente as práticas abusivas, como se vê no art. 4º., VI do CDC.

Em relação ao princípio da coibição e repressão eficiente as práticas abusivas, afirma o autor Ricardo Hasson (2011, p. 891) que tais práticas:

É o desdobramento do princípio da compatibilidade nas relações de consumo, pois não havendo abusos, o exercício dos direitos do consumidor restará indene de qualquer tipo de violação, tendo em vista que as práticas comerciais do fornecedor estarão dentro de seu limite legítimo de atuação.

Para o autor Ricardo Hasson (2011, p. 882-886) as práticas comerciais para o Código de Defesa do consumidor são atos praticados pelas empresas nas relações de consumo, as quais sejam, transações de bens e serviços. Entretanto, muitas das vezes são realizadas pelas empresas atos que não se enquadram como comercialização desses bens e serviços, mas que fazem parte de estratégias comerciais utilizadas pelas empresas, com o intuito de captação de clientela, como, por exemplo, a oferta e a publicidade. Apesar de não serem atos com o nítido intuito de comercialização, ambas são consideradas práticas comerciais, já que se inserem dentro do processo de venda do produto ou serviço, sendo conexos a estes.

Desse modo, Ricardo Hasson considera existir dois tipos de práticas comerciais: as práticas comerciais por natureza, e as práticas comerciais por conexão e dependência. As práticas comerciais por natureza são atos de fornecimento, atos naturais decorrentes da relação jurídica de consumo, onde se transacionam produtos e serviços. Já as práticas comerciais por conexão e dependência, são atos realizados com o fim de incrementar, agregar ou facilitar o que se está comercializando dentro da relação de consumo.

Então, para fins de entendimento do que venha a ser práticas comerciais no CDC, tem-se atos comuns de fornecimentos como os atos dele decorrente, onde sempre irá existir a figura do fornecedor e consumidor e a relação de consumo.

Nesse contexto, tais práticas serão reguladas pelo sistema jurídico, e os eventuais abusos cometidos pelos fornecedores haverá proteção jurídica aos consumidores, por colidirem com os seus interesses. Para o autor supracitado, a oposição contra as práticas abusivas é norteada pelo art. 5º., XXXII da Constituição Federal e não pelo Código de Defesa do Consumidor, já que é a Carta Magna que traz a norma fundamental de proteção ao consumidor, e conseqüentemente a repressão contra as práticas comerciais abusivas que venha ferir os interesses do consumidor na relação de consumo.

Assim, por práticas abusivas tem-se todo comportamento praticado pelo fornecedor no mercado de consumo que caracterize desrespeitos a determinados padrões de condutas negociais regulamentados ou pré-estabelecidos, tanto no momento da contratação, na execução contratual, assim como na fase pós-contratual. Esse desrespeito a padrões pré-estabelecidos, fere em último plano, a boa-fé objetiva e a confiança dos consumidores (MIRAGEM, 2013, 195).

A imposição a condições abusivas, expressadas tanto através de cláusulas contratuais como práticas, é uma nítida violação a boa-fé objetiva, já que o comportamento pautado na boa-fé objetiva diz respeito a padrões mínimos de condutas previamente estabelecidas ou regulamentados pelo ordenamento, que são esperadas por ambas as partes do contrato, a fim de preservar o equilíbrio contratual. Neste sentido, as práticas e cláusulas abusivas ferem as normas positivadas como princípios gerais de moralidade e interesse público.

Tais comportamentos são tidos como atos ilícitos ipso facto, que por se manifestarem no mundo das coisas, dos fatos, encontram-se em desconformidade com o ordenamento. Apesar da expressão “práticas abusivas” ser dotada de conteúdo genérico, o Código de Defesa do Consumidor elenca nos seus artigos. 39, 40 e 41 algumas práticas, que de modo expreso são consideradas abusivas. Entretanto, cabe ressaltar que, tais condutas não devem ser encaradas como taxativas podendo existir outras situações enquadráveis nessas hipóteses (CAVALIERI, 2014, p. 109).

Da leitura dos dispositivos, percebe-se que tais práticas abusivas podem ter natureza contratual ou extracontratual, podendo ser caracterizadas antes ou depois da celebração do contrato, durante a execução ou seu término, ou ainda, ter natureza comercial ou industrial. A vedação a condutas ou práticas abusivas exige do fornecedor ou sujeito equiparado um comportamento ético e probo em face dos consumidores, como também dos seus concorrentes, prevalecendo a boa-fé e a confiança mútua (CAVALIERI, 2014, p. 109).

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia (2011, p. 274) a noção de atos considerados abusivos guarda uma nítida relação com a teoria do abuso de direito encampada pelo Código Civil no seu art. 187, onde prevê que *“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”*. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro não permite o exercício de direito de forma absoluta. O direito só será reconhecido quando for exercido pelas partes de modo leal, e que venha a atender as legítimas expectativas geradas quando da celebração do negócio jurídico. Caso não atenda, será considerado ato ilícito, que embora não fira a norma regulamentadora em si (legalidade estrita), mas vai de encontro com a sua valoração. E o parâmetro utilizado para aferição de abusos do direito será o princípio norteador de todo o sistema contratual, a qual seja, a boa-fé objetiva. Assim, se não houver lealdade no exercício do direito subjetivo de forma a macular a credibilidade depositada por uma das partes da relação o ato será considerado ilícito, tendo em vista a frustração da confiança auferida no momento da celebração, configurando então, o abuso de direito.

Leonardo Medeiros entende que (2011, p.274)

O ato abusivo decorre do direito subjetivo lícito atribuído ao titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Ao contrário, o ato ilícito, por ser contrário à disposição legal, não comporta controle de abusividade, já que se mostra previamente reprovado pelo ordenamento. Dessa forma, os conceitos de atos ilícitos e de abuso são excludentes.

Para Bruno Miragem (2013, p. 195) a natureza da abusividade das condutas dos fornecedores *“observa-se tanto pelo exercício de uma posição dominante na relação jurídica (Machtposition), quanto pela contrariedade da conduta em exame aos preceitos de proteção da confiança e a boa-fé”*. Quando se fala na proibição de

práticas abusivas, observa-se uma convergência de interesses individuais do consumidor singularmente identificado na relação de consumo, quando dos interesses de todos os outros consumidores, assim considerados no mercado de consumo. E isso se justifica pois, o Artigo 39 do CDC e demais incisos, estabelecem vedação a determinadas práticas abusivas em relação aos fornecedores que visa regular a relação de consumo individualizada, como também assegurar uma relação de confiança no mercado de consumo de maneira geral, já que tais práticas são discriminadas como um não fazer.

Com o advento da sociedade contemporânea globalizada e dos avanços tecnológicos, as relações entre os privados experimentaram uma maior complexidade, podendo está afetar a própria condição de consumir dignamente, com ética e boa-fé. O consumo de bens e serviços faz parte da circulação de riquezas na sociedade, e esse sujeito, fomentador das relações econômicas e sociais, deverá ser protegido juridicamente, garantido um equilíbrio nas suas relações intersubjetiva (WEBER, 2013, p. 142).

Assim, com a nova ética de mercado estabelecida pelo CDC, embasada pela nova ordem constitucional e da hermenêutica dela decorrente (FERRAZ, 2011, pp. 1-6), a proteção estabelecida através de seus princípios gerais e regras alcançam não só a relação privada entre as partes, mas toda comunidade de pessoas exposta ou não a práticas comerciais abusivas. Essa interpretação extensiva da proteção consumerista é facilmente extraída do Parágrafo Único do Artigo 2º que diz “ *Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo nas relações de consumo*”, bem como a previsão contida nos Artigos 17 e 29 do mesmo diploma normativo que dispõe que “ *Para os efeitos desta Seção, que cuida da responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto e do serviço, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*” e “ *Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas* ” .

Dos artigos supracitados temos o que o Código de Defesa do Consumidor chama de consumidor por equiparação. O parágrafo único do art. 2º. do CDC por exemplo, é uma das normas de extensão a mais geral, que equipara o consumidor a coletividade de pessoas indetermináveis ou não, que de alguma forma haja intervindo na relação de consumo. A proteção aqui, é para todas as pessoas que poderia ser prejudicada

pelas práticas das relações de consumo, ainda que não tenham sido efetivamente atingidas. A indeterminabilidade trazida pelo artigo, aponta ao menos, para uma potencial capacidade de intervenção que mesmo não efetivada se beneficia das normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso concreto (LIMA MARQUES, 2017, p. 129).

O artigo 17 por sua vez, trata da equiparação do consumidor às vítimas de acidente de consumo, que ainda que não tenham sido consumidores direto da relação de consumo Inter partes foram atingidas pelo evento danoso. Esse artigo do qual trata a extensão protetiva decorrente do evento danoso, esta inserida na seção do CDC que dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo. Ao regular a responsabilidade pelo fato do produto e serviço, responsabiliza o fornecedor pelos danos a saúde e a integridade física ou patrimonial dos consumidores. Desse modo, para ostentar a qualidade de consumidor equiparado basta ter sofridos danos decorrentes de um acidente de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 140).

Então, as ações das autoridades e dos fornecedores devem sempre estar pautadas na preservação do bem-estar e segurança dos consumidores, de modo que os serviços e produtos prestados e postos em circulação não venham a causar nenhum mal e risco para a saúde dos consumidores, preservando a seriedade e a boa-fé na relação (ZAGHETTO, 2004, p. 44-45).

Para Bruno Miragem (2013, p. 141) “A regra da equiparação do CDC parte do pressuposto que a garantia de qualidade do fornecedor vincula-se ao produto ou serviço oferecido. Neste sentido, prescinde do contrato, de modo que o terceiro, consumidor equiparado, deve apenas realizar a prova de que o dano sofrido decorre de um defeito do produto”.

O Artigo 29 do CDC, também traz previsão de consumidores equiparados a todas as pessoas determináveis ou não, expostas as práticas comerciais. A proteção estabelecida pelo artigo 29, é a mais ampla, pois confere a toda a comunidade expostas a práticas abusivas a tutela da proteção independente de qualquer fato ou circunstância. Então, não se trata apenas de uma proteção eventual de consumidores que foram vítimas de práticas abusiva. O que a lei pretende é que sobrevivendo qualquer prática comercial considerada abusiva, toda coletividade estará protegida, ainda que

nenhum consumidor equiparado em potencial venha a insurgir contra tal prática (NUNES, 2017, p. 132).

Para a autora Cláudia Lima Marques (2017, p. 131-132), o artigo 29 é muito mais do que uma simples definição jurídica do que venha a ser o consumidor, ele instaura na verdade, uma definição de política legislativa. E para isso tenta estabelecer parâmetros para equalizar diferentes interesses do mercado de consumo, do abuso do poder econômico por parte dos detentores do poder, para proteger os interesses econômico dos consumidores, a parte mais vulnerável da relação. Mesmo não sendo consumidor direto, as vítimas de tais práticas abusivas “poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas”.

Consumidor, portanto, não é apenas uma pessoa configurável do ponto de vista restrito de um contrato, mas sim a toda a comunidade que ainda não haja potencialidade de efetivarem respectivas relações contratuais, serão protegidas e tuteladas pelo direito de forma difusa. A proteção difusa é mais que uma proteção individualizada em sua coletividade, é uma proteção da sociedade entendida como tal.

Sobre a extensão do campo de aplicação do CDC é o ensinamento de Cláudia Lima Marques (2017, p. 129):

(...) é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores strictu sensu, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Essas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor strictu sensu, a posição preponderante (Machtposition) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei.

Tais práticas abusivas em sentido amplo é a desconformidade mercadológica de boa conduta em relação ao consumidor. Para Antonio Herman V. Benjamim (2017, p. 323-324), as práticas abusivas de que tratam o CDC, é aquela que de modo direto e no sentido vertical atinge o bem-estar do consumidor. Aduz o aludido autor que as práticas abusivas nem sempre revelam atividades enganosa. Pelo fato de não ferirem muitas vezes a veracidade das informações, as condutas abusivas carregam em si

um alto grau de imoralidade econômica e opressão, se espalhando em fases distintas do contrato celebrado.

As práticas comerciais abusivas extrapolam os limites das condutas lícitas autorizadas pelo direito dos fornecedores, onde uma vez praticadas colocam o consumidor em uma situação de vulnerabilidade ainda mais agravada do que a sua condição natural de parte vulnerável na relação de consumo. A vulnerabilidade natural do consumidor se acentua com a ocorrência da prática abusiva, porque esta decorre de um ato ilícito. E a preocupação legislativa sobre a matéria foi tanta, que não ousou o legislador tipificá-la exaustivamente, limitou-se apenas proceder de modo exemplificativo (FERRAZ, 2011, pp. 6-10).

E essa exaustão das práticas comerciais pelo CDC não é possível, pois o mercado de consumo é bem mais veloz do que o próprio direito, e as mudanças sociais e econômicas acontecem do dia para noite. Desse modo, as práticas previstas como abusivas, principalmente no artigo 39 do diploma normativo supracitado, nada mais é que um guia interpretativo para os aplicadores da lei. Assim, a interpretação do abuso pelos aplicadores da lei consumerista deve levar em conta a noção da desigualdade de posição e o papel opressivo da posição dominante do fornecedor (MIRAGEM, 2013, p. 273).

3.2 AS PRÁTICAS ABUSIVAS PREVISTAS NO ARTIGO 39 INCISOS V E X DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É cediço que as práticas comerciais alimentam a sociedade de consumo, uma vez que aproxima os consumidores dos bens e produtos colocados no mercado. Dentro das diversas práticas exercidas, o fornecedor detém em suas mãos um poderoso instrumento de estímulo ao consumo de bens e serviços oferecidos ao público, que é o *marketing*. O investimento de uma empresa em uma gestão de *marketing* dentro de uma política de mercado concorrencial, tem um objetivo, a captação do maior número possível de consumidores. Dentro de um sistema capitalista onde o consumo se encontra no centro das relações, as estratégias utilizadas no exercício da atividade econômica poderão se mostrar abusiva para toda coletividade, já que o marketing desenvolvido pelos fornecedores tem o condão de criar ou identificar valor alinhando

as pessoas aos valores criados. Assim, tem-se que as práticas comerciais são as estratégias de marketing.

Atento a essa questão, o legislador brasileiro trouxe no Art. 39 e demais incisos, algumas práticas comerciais que quando materializada no mundo fático serão tidas como abusivas por está em desacordo com os valores estabelecidos pelo microssistema protetivo do consumidor. Ao controlar as práticas abusivas estabelecidas, o CDC adota um critério muito útil e eficiente, pois permite que os órgãos e as instituições públicas ao verificarem no caso concreto outras práticas que embora não guardem previsão no art. 39 do CDC, mas que venham a ferir a boa-fé objetiva e a confiança dos consumidores, mostrando-se abusivas, estarão estes, legitimados a qualificarem como abusivas tais condutas e por conseguinte reprimi-las.

Como as práticas comerciais estão relacionados a atos praticados pelo fornecedor ou aqueles ocorridos por razão destes, será considerada abusiva a prática exercida pelo fornecedor que ultrapasse dos limites permitidos pelo seu direito, tornando-se ilícitas, uma vez que o interesse juridicamente protegido do consumidor se restou violado. Portanto, o direito do fornecedor de realizar as práticas comerciais termina onde começa o direito do consumidor (HASSON, 2011, p. 896).

Dentre as práticas comerciais abusivas previstas no art. 39º. e demais incisos, passaremos para análise minuciosa de duas delas, que guardam previsão nos incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor. O inciso V veda ao fornecedor a exigência de vantagem manifestamente excessiva em relação ao consumidor. Ocorre que, ao trazer como núcleo do referido inciso a vedação a “vantagem manifestadamente excessiva”, o que o ordenamento protege é a impossibilidade de ruptura no equilíbrio estabelecido na relação de consumo que passa a ser defeito no negócio jurídico celebrado podendo o consumidor requerer a revisão ou anulação do respectivo ato. Percebe-se que, basta a “exigência” de vantagem manifestadamente excessiva para que se considere o ato abusivo, podendo o consumidor antes de firmar a transação comercial ter o direito de exigir do fornecedor que proceda com a revisão. Então, para que o referido diploma legal tenha aplicação, basta que nos atos preparatório da contratação, o fornecedor venha a exigir algum tipo de vantagem excessiva. Desse modo, é possível notar que, o Código mostra-se uma verdadeira repulsa não só á vantagem excessiva materializada no caso concreto, mas também em relação a “mera exigência” (HERMAM, 2017, p. 334).

Esse inciso é uma verdadeira preocupação do legislador como equilíbrio material das prestações transacionadas nas relações de consumo, transparecendo também em outros dispositivos do CDC, com é o caso do artigo 51 que dispõe sobre as cláusulas abusivas, do qual é dele que se extrai, mais precisamente do seu parágrafo 1º, a definição do que venha a ser a “vantagem manifestadamente excessiva”. Assim, para correta e completa interpretação do inciso V do artigo 39, faz -se necessário entender o que venha a ser considerado “vantagem manifestadamente excessiva” pelo artigo 51, parágrafo 1º do CDC. O parágrafo do referido artigo dispõe que “presume exagerada, entre outros casos, a vontade que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (PEIXOTO, 2011, p. 250).

Para Bruno Miragem (2013, p. 280) a identificação dos critérios para a aferição de vantagem excessiva ou não da pretensão realizada na relação de consumo pelo fornecedor, é verificado com a finalidade idêntica da qual preceitua o art. 51, § 1º do CDC, quando condiciona tal critério para a determinação de abusividade das cláusulas contratuais.

Na lição do referido autor (2013, p. 280-281):

(...) vem sendo feita em vista de sua aplicação combinada com artigo 51 do CDC, para determinar a nulidade da cláusula contratual abusiva que estipule vantagem exagerada os fornecedores, em claro desacordo com o direito básico do consumidor ao equilíbrio contratual. No mesmo sentido é a conduta do fornecedor que evita a liberação do consumidor do contrato, exigindo a satisfação de vantagem indevida de seus interesses (...).

Dessa forma, percebe-se que o § 1º, I do art.51 do CDC inaugura uma rica cláusula de abertura, conectando a proteção os seus princípios fundamentais do sistema jurídico. Os princípios aparecem aqui, como verdadeiros guias de aferição de exageros praticados nas relações de consumo, não esperado pelo consumidor. Essa proteção aos princípios fundamentais faz todo sentido, já que no art. 1º do referido diploma normativo, preceitua que as normas de proteção ao consumidor prevista na Lei 8.078/1990 são de “ordem pública e interesse social”. Então, tais práticas são consideradas abusivas ainda que não venham a causar nenhuma lesão ao

consumidor, apenas pelo fato de o excesso praticado repercutir em violação a norma de ordem pública. E quando materializadas no mundo fático, tais práticas são contrárias aos princípios da boa-fé objetiva e ao equilíbrio da relação consumerista, caracterizando, portanto, sua ilicitude.

Essas práticas comerciais abusivas segundo Rizzatto Nunes (2017, p.600) podem ser classificadas em “pré-contratuais e pós-contratuais”, podendo surgir antes da celebração do negócio jurídico de consumo, como após a sua celebração, onde a abusividade é materializada por conta de um contrato pré-existente. Assim, pode-se afirmar que, a “exigência de vantagem manifestamente excessiva”, poderá ser concretizada em dois momentos contratuais. O presente diploma normativo referido acima, veda a lesão objetiva e a onerosidade excessiva que são tidas como aptas a gerar as práticas comerciais abusivas, conforme preceitua Flávio Tartuce (2016, p. 476).

O inciso X do art. 39 do CDC prevê como prática abusiva “elevar sem justa causa o preço de produtos e serviços. O objetivo de tal inciso não é vedar todo e qualquer aumento nos preços, mas aqueles que vier a ser configurados como abusivos, dissonantes de qualquer motivo que o justifique e de qualquer parâmetro de razoabilidade. O presente inciso visa assegurar o controle e a eventual repressão do chamado preço abusivo pelo poder público e judiciário de aumentos nos preços de bens e produtos, sem que haja uma justa causa para a majoração de determinado preço. Então, mesmo em um cenário de liberdades de preços foi conferido aos poderes públicos competência para reprimir eventuais abusos.

Esses abusos devem ser analisados casuisticamente pelos órgãos administrativos competentes e pelo judiciário, não se tratando de tabelamentos de preços, conforme dispõe o art. 41 do CDC. Para Antonio Herman (2017, p. 340) os aumentos dos preços devem sempre corresponder a uma justa causa para que não venham a ser configurados como leonino e arbitrários. Segundo o referido autor “Em princípio em uma economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação cria uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa”.

Nesse exacto, é possível afirmar que ainda que o fornecedor tenha liberdade para a fixação de preços, o aumento correspondente a determinado produtos e serviços deve estar atrelado a fundamentos plausíveis que o justifiquem. Assim, não havendo nenhuma medida do governo que autorize a majoração do bem e serviço e, nem

elevações aos índices de inflação cobrado que teriam respaldo na Teoria da Imprevisão, tal aumento se mostrará abusivo por faltar a justa causa.

A Constituição Federal com a sua principiologia emancipatória que privilegia a igualdade material entre as pessoas, também dispõe sobre a vedação de aumentos injustificados de preços de bens e serviços colocados no mercado pelo fornecedor, conforme redação do art. 173, § 4º que diz “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”. Tal prática encontra respaldo nos artigos 20º., III e 21º., XXIV, parágrafo único, da Lei Antitrusti – Lei 8.884 de 11/06/1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A referida lei estabelece nos citados artigos, algumas práticas comerciais que representam infrações à ordem econômica, nos seguintes termos: “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados : III – aumentar arbitrariamente os lucros” e Art. 21º “ As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço”.

Nota-se, portanto, que a preocupação com a vedação e repressão a determinadas práticas abusivas se espalha em diversos diplomas normativos, inclusive pela Constituição Federal, estando o consumidor protegido tanto pelo microsistema de proteção as relações de consumo, como por outras leis infraconstitucionais.

O inciso X estar intimamente ligado ao inciso V, pois a elevação do preço de bens e serviços sem um motivo que a justifique, representará uma exigência manifestadamente exagerada ao consumidor. Assim, podemos observar que tais práticas abusivas quando materializadas no mundo das coisas acentua ainda mais a vulnerabilidade do consumidor que é demonstrada pela sua natural inferioridade econômica e contratual. Por isso que o CDC arrola exemplificamente algumas práticas abusivas no artigo 39º, das quais duas delas tratamos aqui, mas que não impede que os órgãos públicos a quem a lei institua competência possa na análise do caso concreto identificar outros casos que se apresentem como práticas abusivas, lesionem ou ameacem de lesão os consumidores.

3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE A DIFERENCIAÇÃO NO PREÇO DE PRODUTOS E SERVIÇOS A DEPENDER DA FORMA DE PAGAMENTO

A jurisprudência apresenta uma importância cada vez mais acentuada no nosso ordenamento, podendo ser entendida, como o conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre determinado assunto, onde são proferidas pelos tribunais de maneira constantes e uniforme a fim de aplicar a casos futuros e semelhantes. A jurisprudência é considerada uma fonte formal imediata do direito exercendo um papel muito útil na formação do direito nos dias atuais.

Para o autor Alexandre Câmara (2017, p. 432 - 433) quando falamos de jurisprudência, estamos a considerar um grande número de decisões jurídicas que guardam entre si uma linha de posicionamento constante sobre determinada matéria, fazendo com que se compreenda como os tribunais interpretam determinada norma jurídica. Assim, a jurisprudência deve manter uma estabilidade nas decisões, não podendo um entendimento sobre uma matéria que já fora decidida de maneira constante e uniforme, vir a ser mudada de maneira arbitrária e discricionária. Nesse contexto, a jurisprudência exerce um papel de inovação das decisões judiciais, uma vez que, da interpretação jurídica de determinados preceitos normativos de forma lógica e sistemática acaba por extrair normas diferentes daquelas prevista em lei.

A jurisprudência, portanto, é mais uma ferramenta que auxilia o magistrado em suas decisões judiciais, podendo adotar entendimentos firmados por reiteradas decisões, principalmente de Tribunais Superiores que venham a servir como preceito seguro para aplicar a determinado caso concreto, semelhante com os que já foram decididos. Então, diversas são as áreas do direito em que a jurisprudência vem se consolidando e pacificando entendimentos divergentes, assegurando uma maior segurança jurídica sobre determinada matéria.

Há muito se discute no âmbito jurídico brasileiro sobre a legalidade da instituição de preços diferentes a consumidores na aquisição de bens e serviços no mercado de consumo, a depender do instrumento utilizado como forma de pagamento, dinheiro, cheque, cartão de débito ou crédito. Em que pese o Código de Defesa do consumidor não prevê expressamente norma específica sobre o tema, os órgãos de defesa do

consumidor atuavam os fornecedores que praticavam tal diferenciação, por força do Artigo 1º, inciso I da Portaria Federal 118/94, do Ministério da Fazenda.

Assim, diversos são os entendimentos consolidados de maneira constantes e uniformes sobre a diferenciação de preços de produtos e serviços a depender da forma de pagamento, uma vez que tal diferenciação é caracterizada como prática abusiva decorrente da interpretação do artigo 39º incisos V e X do CDC, como também, pelo artigo 36 da Lei 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa a Concorrência, que em seu § 3º, letra d, inciso X, dispõe sobre a vedação de práticas que visam “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços”.

Pode-se notar, que apesar de tal prática já ser vedada pelo nosso ordenamento, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano 2000, era pela possibilidade da diferenciação no que tange as vendas com cartões de créditos terem preços mais elevados àquelas, das vendas á vista, conforme a seguinte decisão:

(...) Venda com cartão de crédito. Preços superiores aos praticados á vista. Abuso do poder econômico. Ausência. Iniciativa privada. O Estado exerce suas funções de fiscalização e planejamento, sendo este apenas indicativo para o setor privado. Não configura abuso do poder econômico a venda de mercadoria no cartão de crédito a preços superiores aos praticados á vista (STJ, Resp. 229.586, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., p. 21/02/00) (...).

Tal decisão se mostra contraria ao que dispõe o CDC e a lei 12.529/2011 que estrutura o sistema Brasileiro de Defesa a Concorrência, que também reveste de caráter protetório ao consumidor, uma vez que tal prática entendida como possível pela decisão adota nesse Recurso Especial julgado pelo STJ, constitui infrações à ordem econômica pela lei Antitruste. Como bem salientado em capítulos anteriores desse presente trabalho, apesar da Constituição assegurar o livre exercício da atividade econômica por qualquer pessoa, essa livre iniciativa não é exercida de maneira plena, pois como sabemos, nenhum direito em nosso ordenamento é exercido de forma absoluta. Isso porque, a atividade econômica desenvolvida pelo particular deverá obedecer a limites impostos por alguns princípios previsto constitucionalmente, como a defesa do consumidor e livre concorrência.

Como se percebe, a pesar da Portaria Federal 118/94, editada pelo Ministério da Fazenda, vedar a diferenciação de preços de bens e serviços a depender da forma de

pagamento utilizado, a primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao se manifestar sobre o assunto, decidiu pela legalidade da prática.

Em meio a discussões acaloradas sobre o tema, em maio de 2004, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (DPDC), expediu a Nota Técnica 103 CGAJ/DPDC/2004, onde concluiu sobre a abusividade da cobrança de preços diferentes no pagamento realizado com o cartão de crédito.

Na oportunidade, o Sr. Coordenador Geral de Assuntos Jurídicos do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC, Cláudio Peret Dias, justificou pela abusividade da prática nos seguintes termos:

(...) De fato, a partir do momento em que o estabelecimento comercial oferece outras formas de pagamentos que não o dinheiro em espécie, a imposição de qualquer limites às mesma reveste de abusividade, por afrontar um dos limites norteadores das relações de consumo: a boa-fé. O fornecedor (em geral o comerciante) viola tal princípio ao impor, por exemplo, repasse de custo a algumas operações, sob o argumento de que de outra forma inviabilizar-se-ia o negócio, o que ocorre quando cobra um preço diferenciado em relação nas compras feitas no cartão de crédito (...).

Observe-se que nesse trecho da justificativa da Nota Técnica Federal citada a cima, o DPDC embasou tal proibição na violação ao princípio da boa-fé, previsto no art. 4º, III do CDC, em que o fornecedor não poderá cobrar quantias para o uso do cartão de crédito a fim de desestimular a utilização pelo consumidor do referido meio de pagamento. Ademais, para o DPDC, tal prática se reveste de abusividade na medida em que, imputar ao consumidor um preço mais elevado nas compras feitas com cartão de crédito, é repassar para o mesmo, todo o ônus da transação, o que vai de encontro ao inciso V do art. 39 do mesmo diploma normativo, por configurar vantagem manifestamente excessiva ao consumidor.

Com a proibição prevista na Nota Técnica, diversos órgãos de proteção ao consumidor embasado pela orientação estabelecida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, começaram a autuar fornecedores que praticavam diferenciação nos preços dos serviços e produtos colocados no mercado de consumo a depender do instrumento utilizado para pagamento, cartão de crédito, débito e cheque.

Diante desse contexto, diversas demandas envolvendo fornecedores e consumidores foram levadas ao Superior Tribunal de Justiça, já que a legalidade de tal diferenciação

nos preços a depender da forma de pagamento, divide opiniões entre as Turmas do STJ.

Assim é que, em 2010, um novo entendimento sobre o tema foi enfrentado pela Terceira Turma do STJ, sobre a relatoria do Ministro Massami Uyeda, onde de forma bem fundamentada considerou prática abusiva a diferenciação de preços:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO – COBRANÇA DE PREÇOS DIFERENCIADOS PRA VENDA DE COMBUSTÍVEL EM DINHEIRO, CHEQUE E CARTÃO DE CRÉDITO – PRÁTICA DE CONSUMO ABUSIVA – VERIFICAÇÃO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I – não se deve olvidar que o pagamento por meio de cartão de crédito garante ao estabelecimento comercial o efetivo adimplemento, já que, como visto, a administradora do cartão se responsabiliza integralmente pela compra do consumidor, assumindo o risco de crédito, bem como em eventual fraude; II – O consumidor, ao efetuar o pagamento por meio de cartão de crédito (que só se dará a partir da autorização da emissora), exonera-se, de imediato, de qualquer obrigação ou vinculação perante o fornecedor, que deverá conferir àquele plena quitação. Está-se, portanto, de uma forma de pagamento por á vista e, ainda, pro soluto” (que enseja a imediata extinção da obrigação); III – O custo pela disponibilização de pagamento por meio do cartão de crédito é inerente à própria atividade econômica desenvolvida pelo empresário, destinada a obtenção de lucro, em nada referindo-se ao preço de venda do produto final. Imputar mais este custo ao consumidor equivaleria a atribuir a este a divisão de gastos advindos do próprio risco do negócio (responsabilidade exclusiva do empresário), o que além de refugir da razoabilidade, destoa dos ditames legais, em especial do sistema protecionista do consumidor; IV – O consumidor pela utilização do cartão de crédito, já paga a administradora e emissora do cartão de crédito taxa por este serviço (taxa de administração). Atribuir-lhe ainda o custo pela disponibilização de pagamento por meio de cartão de crédito, responsabilidade exclusiva do empresário, importa em onerá-lo duplamente (*in bis idem*) e, por isso, em prática de consumo que se revele abusiva; V – Recurso Especial Provido. (STJ, REsp 1133410/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, T3, DJe 07/04/2010).

Com argumentos claros e precisos, o Ministro Massami Uyeda deu provimento ao Recurso Especial, concluindo pela a abusividade da diferenciação, salientando que, os fornecedores não podem repassar ao consumidor as suas obrigações pactuadas com as administradoras de cartão de crédito, já que o consumidor já paga as administradoras uma taxa para a sua utilização (taxa de administração). Assim, será desarrazoado e injusto imputar ao consumidor a comissão a ser paga pelos fornecedores, caracterizando um *in bis idem*. Esclareceu também, que o custo inerente a utilização do cartão de crédito é de responsabilidade exclusiva do empresário, uma vez que faz parte da própria atividade econômica desenvolvida para obtenção de lucros, devendo este assumir os riscos do negócio.

Do Voto relatado pelo Ministro, foi enfrentado o argumento de que a proibição de diferenciação nos preços dos produtos pagos em dinheiro em espécie e cartão de crédito, teria diversamente do que ora se propõe, o condão de repassar a todos os consumidores o valor da qual pertence os fornecedores diluindo nos preços das mercadorias. A tal argumento, são válidas suas palavras nos seguintes termos:

(...) Tem -se, entretanto, que a referida argumentação parte de premissa equivocada. Isso porque, não há qualquer imposição legal aos estabelecimentos comerciais de conceder descontos em razão de pagamento em dinheiro. E nem poderia haver, já que a mensuração do preço da venda cabe exclusivamente aos empresários (desde que, nos termos assentados, não repasse ao consumidor, custos inerentes ao risco de seu empreendimento). Na verdade, o impedimento á referida diferenciação de preços fará com que aquele estabelecimento comercial que, a seu alvedrio, prefira não conferir descontos em razão do pagamento à vista (seja ele por qualquer meio: dinheiro, cheque, cartão de crédito – não parcelado), perca um diferencial a seu negócio (e que, certamente, importe num menor fluxo de clientes) em relação àquele empresário, do mesmo ramo, que conceda o referido desconto para qualquer pagamento à vista.

Ver-se, portanto, que do conteúdo dos argumentos enfrentados pelo Relator do referido Voto, percebe-se que o tema não é pacífico no Superior Tribunal de Justiça, acarretando sempre calorosos debates e fortes argumentos, quando a questão chega para decisão no âmbito do tribunal.

Em outubro de 2015, mais uma vez o STJ por meio da 2ª Turma, enfrentou novamente o tema e concluiu pela sua abusividade, sob o Voto do Ministro Relator Humberto Martins no julgamento do Recurso Especial 1.479.039/MG:

CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO PELO PROCON. LOJISTA. DESCONTO PARA PAGAMENTO EM DINHEIRO OU CHEQUE EM DETRIMENTO DO PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO. PRÁTICA ABUSIVA. CARTÃO DE CRÉDITO. MODALIDADE DE CRÉDITO Á VISTA. 'PRO SOLUTO'. DESCABIDA QUALQUER DIFERENCIAÇÃO. DIVERGÊNCIA INCOGNOSCÍVEL. 1. O recurso especial insurge-se contra acórdão estadual que negou provimento a pedido da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte no sentido de que o Procon/MG se abstenha de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas pelo fato de não estenderem aos consumidores que pagam em cartão de crédito os descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens ou serviços pagos em dinheiro ou cheque. 2. Não há confusão entre as distintas relações jurídicas havidas entre (i) a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão de crédito (consumidor); (ii) titular do cartão de crédito (consumidor) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor); e (iii) a instituição financeira (emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). 3. O estabelecimento comercial credenciado tem a garantia do pagamento efetuado pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos creditícios, incluindo possíveis fraudes. 4. O pagamento em cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, pro

soluta, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor. 5. A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual. Exegese do art. 39, V e X, do CDC: 'Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços". 6. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num 'conceito aberto' que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. 7. A Lei n. 12.529/2011, que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considera infração à ordem econômica, a despeito da existência de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial (art. 36, X e XI). Recurso especial da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte conhecido e improvido". (STJ, REsp 1479039/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015).

Nesse julgado, o Ministro Humberto Martins chama atenção de um ponto já salientado no Voto do Ministro Relator Massami Uyeda em 2010, onde ambos consideraram o pagamento realizado com o cartão de crédito modalidade de pagamento à vista, pro soluto, tendo em vista que uma vez finalizada a transação o consumidor se exonera automaticamente de qualquer pendência com o fornecedor levando a extinção da obrigação. Para o referido Ministro, a diferenciação do preço a depender da forma de pagamento constitui prática abusiva segundo os incisos V e X do art. 39 do CDC, pois acaba exigindo do consumidor vantagem manifestadamente excessiva ao elevar o preço dos bens e serviços sem justa causa, atentando contra o equilíbrio econômico entre as partes contratantes. Além disso, imperioso destacar que, o julgado ora analisado, traz à baila a ofensa à Lei nº 12. 529/2011, que reformulou o Sistema Brasileiro de Concorrência, que considera tal prática, infração à ordem econômica, presente no art. 36., X e XI.

Em decisão mais recente no âmbito do STJ, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, no julgamento do Recurso Especial 1. 610.813/ES, mantendo os precedentes firmados sobre a matéria, considerou tal prática abusiva:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA VISANDO À ANULAÇÃO DE AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS POR PROCON MUNICIPAL ANTE O RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR PELA PRÁTICA DE PREÇOS DIFERENCIADOS PARA VÁRIAS ESPÉCIES DE PAGAMENTO À VISTA: DINHEIRO, CHEQUE OU CARTÃO, DO MESMO PRODUTO. PRÁTICA ABUSIVA. CONFIGURADA. PRECEDENTES DO STJ: RESP 1.479.039/MG, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 16.10.2015 E RESP 1.133.410/RS, REL. MIN. MASSAMI UYEDA, DJE 7.4.2010. RECURSO ESPECIAL AO

QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A diferenciação de preço na mercadoria ou serviço para diferentes formas de pagamento à vista: dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual e ofende o art. 39, V e X da Lei 8.078/90. 2. Manutenção das autuações administrativas realizadas pelo PROCON do Município de Vitória/ES em face da referida prática abusiva do comerciante Recorrente em seu estabelecimento. 3. Precedentes de outras Turmas deste Tribunal Superior (REsp. 1.479.039/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.10.2015 e REsp. 1.133.410/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 7.4.2010). 4. Recurso Especial do comerciante ao qual se nega provimento"(STJ, REsp 1.610.813/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe, 26/08/2016.

Nota-se, portanto, que embora o tema em questão possua decisões divergentes, nítido é afirmar que de 2010 para cá, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento de Recursos que tratava sobre a diferenciação do preço a depender da forma de pagamento, vem considerando tal prática abusiva, mantendo um posicionamento firme e constante sobre a matéria.

4 LEI 13.455 NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Recentemente em nosso ordenamento foi sancionado pelo Presidente Michel Temer a Lei 13.455 de junho de 2017, que dispõem no seu Art. 1º que “ fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento”, e prevê ainda em seu parágrafo único que “ é nula a cláusula contratual estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput deste artigo”.

A referida lei foi objeto de conversão da Medida Provisória 764 de 2016. Primeiramente pode a ter se vislumbrar a sua ilegalidade, tendo em vista o seu conteúdo versar sobre normas de cunho protetivo e de status constitucional, como é o caso do microsistema de defesa dos consumidores, relativizando o seu princípio basilar, a vulnerabilidade do consumidor, colocando em situação de extrema fragilidade frente as práticas abusivas do mercado de consumo. Pois como afirma Bruno Miragem (2013, p. 116), a “vulnerabilidade se justifica por não possuir o consumidor conhecimento em economia ou contabilidade, o que determina a sua

incapacidade de compreensão das consequências efetivas das suas relações e das influências desse negócio sobre o seu patrimônio”.

É imperioso destacar que, a participação do Chefe do Poder Executivo no processo legislativo, no que diz respeito ao seu poder de editar Medidas Provisórias com força de lei, tem que se dar em caso de urgência e relevância do conteúdo que será objeto de tal medida. Questiona-se, portanto, se o assunto tratado na Medida Provisória 764 de dezembro de 2016, reclamava urgência e relevância. Como diz o autor Gilmar Ferreira (2015, p. 951) “o uso e abuso da medida provisória estão associados a uma crise do processo decisório no âmbito do sistema político”.

Assim é que, a Medida provisória 764 de 2016 diante de flagrante ilegalidade, posteriormente foi convertida em lei, que apesar de ser o instrumento correto para regular a referida matéria, ela vai de encontro aos comandos protetivos do Código de Defesa do Consumidor, que prevê em seu artigo 39 incisos V e X, que são tidas como práticas abusivas, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva e elevar sem justa causa os preços de produtos e serviços. Esses referidos incisos foram bases no julgamento de Recursos Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, para declarar a ilegalidade de tal prática. E quando tais práticas acontecem no mundo fático, há um nítido desequilíbrio na relação de consumo por violar o princípio da boa-fé objetiva que, permeará todas as fases contratuais impondo um padrão de conduta probo e honesto.

No parágrafo único da Lei 13. 455, prevê que é nula a cláusula contratual que vier a restringir a diferenciação de preços facultada no caput do referido artigo. Nesse aspecto, é o artigo 51 e demais incisos que traz a definição do que venha a ser cláusulas abusivas e seu regime de nulidade. Desse modo, o Artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer que “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”. Temos então que, esse artigo reflete tanto o princípio da boa-fé objetiva como a manutenção do equilíbrio econômico do contrato. Em decorrência do princípio do equilíbrio do contrato, vedam-se cláusulas que imponha vantagens excessivas e exageradas ao consumidor. Embora os contratos estabelecidos no mercado de consumo tenham por objetivo a obtenção de lucros por parte do fornecedor, busca-

se, portanto, a justiça contratual, vedando-se abusos nas obrigações estabelecidas ao consumidor, principalmente aquelas relativas a fixação de preços (ROSCOE, 2014, p. 400).

Nesse contexto, é possível concluir que, embora a Lei 13.455 de 2017 traga o permissivo legal para a diferenciação dos preços de produtos e serviços a depender da forma de pagamento, é cediço afirmar com base nos entendimentos e diretrizes traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor, cuja finalidade é a promoção pelas esferas do poder estatal a proteção efetiva a parte vulnerável da relação de consumo, ver-se que Lei 13.455 de junho de 2017, põem em cheque várias normas consagradas pelo microsistema de proteção ao consumidor, uma vez que permite práticas que até então, são tidas como abusivas e, por isso, vedadas pelo nosso ordenamento Pátrio.

4.1 DIFERENCIAÇÃO NO PREÇO DE PRODUTOS E SERVIÇOS A DEPENDER DA FORMA DE PAGAMENTO

A diferenciação de preços e produtos a depender da forma de pagamento é uma questão controvertida no âmbito jurídico pátrio, como pode ser notado nas decisões traçadas pelo Superior Tribunal de Justiça, comentadas no item 3.3 do Capítulo Terceiro do presente trabalho. Diversos foram os Recursos Especial submetido a apreciação da referida Corte a fim de dirimir tal questão. Primeiramente o entendimento do STJ foi pela possibilidade da diferenciação dos preços a depender do instrumento utilizado para pagamento, não restando configurado naquela ocasião a abusividade da prática. Embora o CDC não traga vedação específica sobre o tema, a interpretação pela abusividade da referida prática foi extraída dos incisos V e X do artigo 39º e dos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico financeiro do contrato, o que fez com que o Superior Tribunal de Justiça, posteriormente, mudando de posicionamento, concluiu pela ilegalidade da prática e vem mantendo o mesmo posicionamento até então.

Como se percebe, apesar da lei 13.455 trazer o permissivo legal para a diferenciação dos preços a depender do instrumento utilizado, resta claro a violação ao princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista que este princípio é considerado como uma regra de conduta leal e honesta que deverá ser preservada em qualquer relação contratual, a

fim de coibir abusos e demasiada vantagem para um dos partícipes do contrato. Para o Flávio Tartuce e Daniel Amorim (2014, p. 37), a boa-fé objetiva possui uma relação direta com os deveres anexos ou laterais de conduta, deveres estes, inerentes a qualquer negócio contratual que independem de previsão instrumental para ser respeitado, pois está intrínseco no princípio da boa-fé objetiva, deveres de cuidado, transparência, respeito, o dever de agir honestamente e com razoabilidade.

Assim, a imposição de pagamento diferenciado a depender do instrumento utilizado pelo consumidor para a aquisição de bens e serviços, gera um constrangimento ao sujeito mais frágil da relação de consumo, já que a ele é dado uma “escolha” com um custo maior, caracterizando nesse momento um desequilíbrio na relação de consumo. As normas do CDC aparecem para o consumidor como instrumentos do direito para estabelecer o equilíbrio contratual, as expectativas legítimas geradas, compensando assim, a sua vulnerabilidade fática diante das práticas comerciais abusivas. Desse modo, as normas do CDC não podem ser mitigadas por uma opção na forma de pagamento, pois acarreta para o consumidor um ônus maior (MARQUES, 2107, p. 90).

É sabido que, na sociedade contemporânea, outros instrumentos são utilizados como forma de pagamento que não o dinheiro em espécie, um fator que pode estar associado a própria segurança do consumidor, que muitas vezes prefere ao cartão de crédito por exemplo, do que o dinheiro em espécie. Nesse sentido, são as palavras Sr. Coordenador Geral de Assuntos Jurídicos do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC, Cláudio Peret Dias, no relatório da Nota Técnica 103 CGAJ/DPDC/2004:

(...) outrossim, o fator social da violência também deve ser observado, eis que o consumidor não mais leva consigo grandes somas em dinheiro. Saliente-se, ainda, que, no mais das vezes, não há no estabelecimento comercial qualquer informação no sentido das restrições ao uso de outras formas de pagamento, o que gera um incontestável constrangimento ao consumidor, posto que o mesmo, depois de já ter escolhido os bens a adquirir ou os serviços a serem prestado, é surpreendido com tais informações restritivas, somente quando do pagamento, o que, inegavelmente, revela uma conduta abusiva (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016).

Desse modo, circunstâncias de outras ordens leva o consumidor a optar por outros meios de pagamento, o que não autoriza o fornecedor imputar-lhe uma majoração no preço dos bens e serviços, caracterizando uma conduta abusiva, já que essa diferenciação, a priori abusiva, nem sempre vem acompanhada da devida informação

e transparência adequada. Essa prática viola o princípio da confiança, que embora não previsto expressamente no Código de defesa do Consumidor, está intimamente ligada aos princípios da boa-fé objetiva e o princípio da transparência.

Segundo Sergio Cavalieri (2014, 46 - 47), a confiança é a faceta subjetiva da boa-fé, pois só se confia quando há boa-fé. E isso gera legítimas expectativas de que a relação jurídica estabelecida preservará os deveres de condutas. A confiança é a credibilidade que o consumidor deposita nos produtos e serviços que está adquirindo, ou no vínculo contratual firmado com o fornecedor, como instrumento adequado para alcançar de forma razoável e honesta o fim que se propõe. Assim, viola a confiança toda conduta que frustrar as legítimas expectativas do consumidor, como por exemplo, exigir deste, vantagem manifestadamente excessiva e elevar o preço sem justa causa. Por isso se diz que, “a frustração é o sentimento que ocupa o lugar de uma expectativa não satisfeita”.

É nesse contexto que, o microsistema protetivo aos direitos do consumidor traz de forma expressa algumas práticas abusivas que quando materializadas no mundo dos fatos restará o consumidor protegido, como é o caso dos incisos V e X do art. 39 do CDC. A proteção também se estende ao consumidor no artigo 51º e demais incisos, salvaguardando os seus interesses no momento contratual prevendo a nulidade de cláusulas contratuais que “ estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, conforme previsão no inciso IV do referido artigo.

Assim, apesar do parágrafo único da Lei 13.455 de 2017 dispor que “ É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput deste artigo”, o CDC enfatiza ser nula a cláusula contratual que imponham desvantagem exagerada ao consumidor, em decorrência do princípio do equilíbrio econômico do contrato. Para Leonardo Roscoe (2017, p. 436) embora o contrato seja um legítimo instrumento de obtenção de lucros resultante da atividade empresarial desenvolvida no mercado de consumo para a obtenção de bens e serviços, o que se pretende é a busca pela justiça contratual, vendando se abusos na fixação das obrigações ao consumidor, inclusive as relativas a fixação do preço.

Nesse contexto, a diferenciação do preço a depender da forma de pagamento, ao contrário do que parece, não a vantagem alguma sendo oferecida ao consumidor. O que ocorre é a transferência de encargos ao consumidor de uma obrigação da qual não assumiu. Tem-se, assim, por qualquer aspecto que se aborde a presente questão, nenhuma razão plausível para a diferenciação do preço ao pagamento realizado em pecúnia, por meio do cheque e de cartão de crédito, constituindo prática de consumo abusiva, nos termos dos incisos V e X do artigo 39 ° do Código de Defesa do consumidor (STJ, REsp 1133410/ RS, Rel. Min. Massami Uyeda, T3, DJe 07/04/2010).

4.2 SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO SOBRE A MATÉRIA

Com o advento da Lei 13.455 que trata da possibilidade de diferenciação do preço de serviços e produtos a depender do instrumento utilizado para pagamento, há um questionamento se o precedente firmado sobre a matéria pelo Superior tribunal de Justiça restaria superado. O Direito processual civil brasileiro, tratou dos precedentes em um longo e evolutivo trabalho, que do ponto de vista normativo, resultou com a edição do Código de Processo Civil de 2015. Para se entender o que venha a ser um precedente, necessário se faz adentrar no seu conceito e, é a partir dele que iremos compreender a sua estrutura.

O precedente pode ser definido em seu sentido amplo, como uma decisão judicial tomada em um determinado caso concreto, cujo o elemento normativo extraído dessa atividade criativa desenvolvida pelo julgador poderá servir de diretriz para julgamento de casos análogos. Essa decisão é composta por três partes: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. c) argumentação jurídica em torno da questão. Dentre esses elementos, a tese ou o princípio utilizado pelo julgador sem a qual não se extrairia a decisão nos exatos termos, é que possui a força obrigatória ou persuasiva. Em seu sentido estrito, é considerado como precedente a *ratio decidendi*. Desse modo, a *ratio decidendi*, é a opção hermenêutica adotada pelo julgador, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. São os fundamentos jurídico que embasam a decisão (DIDIER, 2017, p. 505 - 506).

Assim, sempre que um órgão jurisdicional proferir uma decisão baseada em uma que fora decidida anteriormente em outro processo, a decisão prolatada que serviu de inspiração e fundamentação para as demais terá sido um precedente. Essa técnica de decisão baseada na utilização de princípios argumentativos, é ligada a um sistema jurídico anglo-saxônicos, de tradição do *common law*. Apesar do sistema jurídico brasileiro ser ligado a tradição romano-germânica (*civil law*), não se tem aqui uma migração para o *common law*. O que houve no direito brasileiro, foi uma construção em seu sistema jurídico de adaptar o regime dos precedentes as características inerentes ao sistema do *civil law* (CÂMARA, 2017, p. 431- 432).

Para o autor supracitado, a importância de se decidir com base em um precedente é que, o precedente tem o condão de assegurar respeito a uma série de princípios constitucionais que são formadores do modelo constitucional do processo brasileiro, mas precisamente, em nosso caso, a garantia da isonomia e segurança jurídica.

Da decisão judicial é possível se construir duas normas jurídicas. Uma delas, é a norma que se extrai da fundamentação da decisão, que decorre da interpretação do magistrado, levando em conta os fatos envolvidos no caso e a respectiva consonância com o Direito positivo: constituição, leis infraconstitucionais em sentido geral. Já a segunda norma, possui um caráter individual, refletindo a decisão proferida naquela situação específica, ou seja, a parte dispositiva do julgado, onde há uma conclusão da questão discutida em juízo (procedência ou improcedência da demanda) e, que ficará acobertada pela coisa julgada. Nesse aspecto, o precedente está relacionado aos fundamentos esboçado na decisão de maneira geral e abstrata, que é construída mediante um raciocínio indutivo a partir de um caso concreto, onde é possível se extrair dali a sua *ratio decidendi*, tendo em vista que a sua generalidade faz com que essa norma se desprenda do caso específico e possa ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham com aquela que foi originalmente construída (DIDIER, 2017, p. 506 – 509).

Para Fredie Didier (2017, p. 508) “a decisão judicial é um ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação. A decisão é, pois, conjunto e continente, com no mínimo esse duplo conteúdo”.

A eficácia jurídica de um precedente irá variar de acordo com o direito positivo de cada ordenamento. Dentre os efeitos jurídicos que os precedentes podem produzir, é

possível visualizar pelo menos seis tipos de efeitos jurídicos dos precedentes no direito brasileiro. Dentre esses, merece destaque os precedentes com eficácia vinculante ou obrigatória e o precedente com eficácia persuasiva, que não possui efeito obrigatório. Os precedentes vinculantes são de aplicação obrigatória, não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado quando da superveniência de casos análogos deixar de aplicá-lo e decidir de forma distinta. Aqui, a norma jurídica estabelecida em uma decisão tem o condão de vincular as demais decisões que vierem a ser julgadas posteriormente, obrigando os órgãos jurisdicionais adotarem a mesma tese jurídica na sua fundamentação. Esses precedentes vinculantes estão previstos no artigo 927, CPC. Já os precedentes com eficácia persuasiva, não possui efeito vinculativo, são meramente argumentativos, não estando o magistrado obrigado a segui-lo, desde que o faça de forma fundamentada (DIDIER, 2017, p. 518 – 521).

Percebe-se então, que o Código de Processo Civil de 2015 inaugura uma nova fase no sistema de precedentes no ordenamento pátrio no que tange a uniformização de sua jurisprudência pelos tribunais. A importância dada a uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais é tamanha que, o CPC elenca em alguns artigos, deveres gerais que deverão ser observados pelos tribunais na construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência ou súmula) de eficácia persuasiva ou vinculante. Esses deveres gerais estão associados aos deveres de uniformização e estabilidade de suas jurisprudências, integridade, coerência e o dever de dar publicidade adequada aos precedentes (DIDIER, 2017, p. 540).

O dever de uniformização indica que, diante de uma divergência interna entre os demais órgãos do tribunal, o mesmo terá o dever de enfrentar e resolver tal divergência e conseqüentemente uniformizar sua jurisprudência sobre determinado assunto. Já o dever de estabilidade, pressupõe que os tribunais mantenham a sua jurisprudência estável, a fim de que qualquer mudança de posicionamento e a sua respectiva superação deverá ser justificada adequadamente, possuindo ainda uma eficácia modulada em respeito ao princípio da segurança jurídica. No que diz respeito ao dever de publicidade dos precedentes, é necessário garantir muito mais que a simples publicidade das decisões judiciais, é preciso trata-las como fontes jurídicas, capazes de se extrair precedentes, conforme enuncia o artigo 927, § 5º do CPC, quando dispõe que “ Os juízes e os tribunais observarão: § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e

divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (DIDIER, 2017, p. 540 – 542).

E por fim, os deveres de coerência e integridade. A coerência pode ser visualizada sobre duas dimensões, a formal e a substancial. A coerência formal, emprega um sentido de ausência de contradição na decisão e, a substancial, perpassa por uma análise de coerência lógica de sentido. Do ponto de vista externo, o dever de coerência impõe que os tribunais levem em consideração o princípio da igualdade, onde casos iguais devem ser tratados igualmente, impondo uma coerência evolutiva em sua jurisprudência. Na dimensão interna, a coerência se relaciona com a própria construção do precedente no que tange a sua fundamentação, sendo que está, deverá ser congruente. O dever de integridade, portanto, relacionam com algumas posturas que deveram ser observadas pelos tribunais quando da prolação de suas decisões, como, decidir em conformidade com o direito pátrio, respeitando a Constituição e suas leis infraconstitucionais, compreendendo o Direito como um sistema de normas, interpretando-o de forma única (DIDIER, 2017, p. 542 – 554).

Desse modo, os tribunais deverão se atentar a todos os deveres e regras específicas quando o assunto é precedente devido a sua importância para o direito brasileiro. Assim é, pois, que diante da mudança de posicionamento de um tribunal sobre determinada matéria, este deverá obedecer a algumas técnicas de superação de precedentes que no processo civil pátrio são basicamente duas: o *overruling* e o *overriding*.

A técnica de superação chamada de *overruling* é caracterizada quando o próprio tribunal que firmou um precedente sobre determinada matéria decide posteriormente abandoná-lo em julgamento futuro, fazendo com que, o precedente perca a sua força obrigatória e vinculante, sendo substituído por outro precedente (*overruled*). Essa substituição poderá ser expressa ou tácita. A substituição expressa, ocorre quando o tribunal decide expressamente adotar um novo entendimento abandonando a anterior. A superação tácita ou explícita (*implied overruling*) não é admitida no nosso ordenamento, tendo em vista a exigência pelo Código de processo Civil de fundamentação adequada e específica para determinada superação de orientação jurisprudencial, como preceitua o artigo 927, § 4º, CPC. Ela acontece quando uma nova orientação é adotada em confronto com a anterior, sem que haja a menção expressa da sua substituição. Há ainda quem cite a *transformation*, que acontece

quando o tribunal embora não esteja preparado para revogar o entendimento adotado anteriormente, percebe-se que este, não coaduna mais com a nova realidade (DIDIER, 2017, p. 562-564).

Então, é sabido que a mudança de entendimento jurisprudência sobre determinado assunto é perfeitamente aceitável em nosso ordenamento. Para Fredie Didier, a mudança de posicionamento é inerente ao próprio sistema de precedentes, revelando-se um imperativo de justiça. O que não é permitido, é a mudança sem uma fundamentação adequada, pois restaria violado o dever de coerência. As técnicas de superação de precedentes no direito brasileiro estão reguladas pelo artigo 927, §§ 2º e 4º do Código de Processo Civil, aplicável a qualquer entendimento jurisprudencial dominante e enunciado de Súmula. Prevê o referido artigo que, “ os juízes e os tribunais observarão: § 2º- A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiência públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” e parágrafo 4º do referido artigo, dispõe que “ A modificação do enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Pela redação do supracitado artigo, é possível concluir que a alteração de entendimento de súmula ou julgamento de casos repetitivos e de qualquer outro precedente com força vinculante, deverá ser precedida com novo debate público que exponha todas as razões da superação ou manutenção de precedente, com realização de audiências públicas e ampla participação de órgãos e entidades (DIDIER, 2017, p. 562- 565).

Desse modo, a superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial (*overruling*) pode se dar de maneira difusa ou concentrada. A superação difusa pode ocorrer com qualquer processo que chegando no tribunal permita a substituição do entendimento anterior. O *overruling* difuso, é a regra geral no nosso sistema *common law*, pois permite que qualquer pessoa possa contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial. Já o *overruling* concentrado, é concretizado através de um procedimento autônomo que tem como objetivo a revisão de um entendimento jurisprudencial, como ocorre no caso de pedido de revisão de um entendimento

sumulado (art. 3º da Lei n. 11.417/ 2006) e nos casos de entendimento jurisprudencial firmado em incidente de demandas repetitivas (art. 986, CPC) (DIDIER, 2017, p. 565).

Segundo Fredie Didier, a jurisprudência é a reiteração de um determinado precedente. Assim, para ocorrer a revisão ou superação de um precedente, deverá ser pedido por estes que tenha capacidade processual para isso, já que o tribunal estará redimensionando ou alterando a sua jurisprudência. Nesse mesmo sentido, é o Enunciado nº. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, quando dispõe que “A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11. 417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; dos regimes internos dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal”.

A superação do precedente sempre deverá observar a devida fundamentação pelo tribunal que a realize, exigindo uma carga argumentativa muito maior, sendo necessária uma fundamentação adequada e específica, em razão da proteção dos princípios da confiança e da isonomia. Diversas são as hipóteses de superação de precedentes elencados pela Doutrina Processualista, conforme lição de Celso de Albuquerque (2005, p. 266 – 284 apud DIDIER, 2017, p. 566 – 567) poderá ocorrer a superação: “(i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexequível na prática”.

No caso do precedente firmado sobre a abusividade da diferenciação de preço a depender do instrumento utilizado para pagamento, há um questionamento sobre a sua superação, tendo em vista a vigência da Lei 13.455 de junho de 2017, que passou a permitir tal prática. Nesse caso, o Enunciado nº 322 do Fórum Permanente de Processualista Civis, consagrou o seguinte entendimento “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, dentre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente á matéria decidida”. Percebe-se então, que a superveniência de uma lei nova poderá ensejar a superação de um determinado entendimento, se for incompatível, conforme dispõe o Enunciado nº 324 do Fórum Permanente de Processualista Civis: “ Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o

reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

Para Fredie Didier (2017, p. 568), quando há a superveniência de uma lei nova que venha a ser incompatível com o entendimento jurisprudencial já firmado sobre determinada matéria, não estaríamos diante de uma revogação de precedente como preceitua o CPC. Para o autor, qualquer juiz poderá deixar de aplicar o precedente e essa superação do entendimento não irá necessitar de um ônus argumentativo.

Nesse contexto, os precedentes firmados pelos tribunais sobre uma dada matéria, cria uma previsibilidade de conduta, a qual vincula os demais órgãos jurisdicionais a decidir com base em um determinado entendimento. Assim, é que, conforme o autor Daniel Amorim (2017, p. 1413), a vinculação da superação dos precedentes firmados nos tribunais ao princípio da irretroatividade, decorre dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva. Então, pode se dizer que, o entendimento firmado sobre determinada matéria pelos tribunais gera uma expectativa legítima ao sujeito que sempre se portou de determinada maneira, confiando no precedente firmado. Por esse motivo é que, o Código de Processo Civil, prestigiando a confiança gerada pelo precedente firmado, prevê no seu artigo 927, § 3º, a modulação de efeitos da alteração de jurisprudência dominante firmada pelos tribunais superiores, no interesse social e da segurança jurídica.

Segundo Daniel Amorim (2017, p.1413) a modulação de efeito da superação dos precedentes, visa:

(...) Além de preservar a confiabilidade e a segurança jurídica, a possibilidade de modulação de efeitos da superação do precedente permite aos tribunais uma superação com mais tranquilidade, porque em sistemas em que não se admite tal modulação o trauma gerado pela superação do precedente funciona com impeditivo de tal superação. No direito pátrio, o tribunal poderá dimensionar temporalmente o alcance da quebra da confiança no entendimento consolidado e pela modulação limitar os problemas advindos pela superação para aqueles sujeitos que se portaram no sentido do precedente ou súmula superada (...).

Nas palavras do autor supracitado, é nítido se perceber a preocupação do direito pátrio ao regime de precedentes e a sua superação, uma vez que o tribunal por razão de interesse social ou de segurança jurídica poderá modular os efeitos da superação do entendimento firmado, de modo a atender a confiança gerada nos sujeitos. Poderá então, os efeitos de uma superação ter eficácia *ex nunc*; *ex tunc*; *ex tunc limitado*.

Essa modulação será analisada no caso concreto. A modulação *ex nunc*, privilegia a confiança gerada pelos jurisdicionados, já que ela é uma modulação projetada para o futuro. Poderá acontecer também, que o tribunal considere a possibilidade de superação aos poucos de um precedente, limitando tanto a eficácia *ex nunc*, como a *ex tunc* (AMORIM, 2017, p.1414).

Nesse contexto, é evidente a importância da construção de um sistema de precedentes no direito pátrio, inclusive no que tange aos precedentes firmados na proteção do direito do consumidor, uma vez que a maior conquista por esses sujeitos de direito foi a inserção da sua tutela no quadro de direitos fundamentais. E essa tutela ganha maior força com o rico papel desenvolvido pela introdução dos precedentes vinculantes no quadro das fontes do direito. Esse passo é muito importante para a defesa dos direitos do consumidor, pois esses precedentes atuam na oferta de tratamento isonômico aos diversos indivíduos que buscam por proteção ao poder judiciário (REICHELTL, 2016, p. 530).

Desse modo, os tribunais deverão sopesar o precedente firmado sobre abusividade da diferenciação do preço a depender da forma de pagamento com a superveniência da Lei 13.455 de 2017, que traz em sua redação a permissão legal para os fornecedores realizar tal prática. Sobre a importância dos precedentes vinculantes em matéria consumerista, são os dizeres do autor Luís Alberto Reichelt (2016, p. 542):

O emprego de precedentes judiciais vinculantes que disponha sobre matéria consumerista é uma ferramenta capaz de produzir resultados para muito além da desejada racionalização do trabalho desenvolvido pelas partes e pelos órgãos do poder judiciário no trato de demandas de massa. A vantagem do modelo introduzido baseado em precedentes judiciais vinculantes consiste na maior agilidade que permite no enfrentamento de demandas de massa graças ao fato de não estar condicionado ao emprego de mecanismo de legitimação extraordinária que, na cultura brasileira, parecem não ter surtido o resultado desejado, por melhores que sejam (...).

O sistema de precedentes vinculantes trouxe ganhos maiores no que tange a isonomia e a segurança jurídica, sendo que a sua superação deverá ser analisada com maior cautela, já que nesse caso, a superveniência da supracitada lei põem em risco direitos já consolidados em favor do consumidor.

4.3 A PREVALÊNCIA DA NORMATIVA PROTETIVA AO CONSUMIDOR

A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo e recente sistema de proteção jurídica a figura do consumidor. O direito do consumidor é um ramo de direito sistematizado que surge da necessidade de regular as relações jurídicas de consumo que envolva em seus polos, o consumidor e fornecedor, com o objetivo de equalizar um desequilíbrio existente entre os partícipes dessa relação. Nesse contexto, a nova ordem constitucional impõe aos poderes Estatais que criem e desenvolvam políticas públicas de proteção a esse sujeito de direito. Sem sombra de dúvidas, a atuação estatal é de suma importância para que seja concretizado os ditames da justiça social, que será concretizada por meio das políticas públicas de inclusão social e de garantias dos direitos fundamentais estabelecidos pelo artigo 3º da CF (NOVAKI; BAGGIO, 2018, p. 394).

Essa proteção está implícita no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, inseridas no título dos direitos e garantias fundamentais, segundo a qual “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Além disso, a Constituição declara no seu artigo 170º, V, que a defesa do consumidor é um dos princípios da ordem econômica. Percebe-se então que, a CF estabelece duas espécies de norma que tratam dos consumidores, a norma inserida no rol dos direitos fundamentais e a que prevê a proteção do consumidor como princípio da ordem econômica. São essas duas normas constitucionais que define que as demais normas, devido ao seu caráter específico, devem ser interpretadas a luz da hermenêutica constitucional. Assim, obedecendo ao comando constitucional foi criada no plano infraconstitucional a Lei 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Uma norma dotada de alta carga principiológica que se perfaz em um microssistema jurídico multidisciplinar, apto a regular toda relação jurídica de consumo. Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor é uma legislação que é resultado do preceito constitucional, que visa a complementação dessa proteção ao estabelecer regras básicas de promoção dos interesses do consumidor (KONDER, 2011, p. 178 – 179).

Nesse interim, a mais ampla, adequada e completa tutela dos direitos daqueles que auferem bens e serviços como destinatários finais na nossa ordem econômica, representa uma maior e melhor qualidade de vida a um contingente enorme de pessoas concebidos na relação jurídica de consumo, como consumidores. Então, a proteção dos direitos sociais deve influenciar a interpretação das normas infraconstitucionais, onde a sua abrangência, inclusive no conceito de consumidor,

impõe uma responsabilidade na concretização do direito constitucional reservado ao consumidor, aperfeiçoando cada vez mais essa relação privada. Nesse contexto, a tutela desse sujeito mais fraco deve representar avanços e não retrocesso (KONDER, 2011, p. 212-213).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto no presente trabalho, é possível concluir que, apesar da lei 13.455 de junho de 2017 trazer o permissivo legal para a diferenciação do preço

de produtos e serviços a depender do instrumento utilizado para pagamento, pondo fim a discussão travada acerca da legalidade da referida prática, acaba por se mostrar incompatíveis com as normas prevista no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal.

Veie-se que, a relação jurídica de consumo por ser a mais cotidiana no âmbito da sociedade de massa, justifica um microssistema protetivo organizado para a tutela do sujeito mais frágil dessa relação, uma vez que o consumo está associado a própria satisfação de necessidades do indivíduo, sejam elas básicas ou supérfluas. Nesse contexto, as práticas comerciais surgem para o fornecedor como técnicas aptas a otimizar as vendas de bens e serviços, com o objetivo de alimentar a sociedade de consumo, pois aproxima os consumidores dos bens e produtos colocados no mercado.

Essas práticas, entretanto, como direito do fornecedor, deverá ser exercida de forma relativa, isso porque, a Constituição Federal colocou a proteção do consumidor em primeiro plano, considerando como princípio a ser resguardado pela ordem econômica nacional quando do exercício da atividade comercial. Por esse cenário, é visível compreender que, ao consumidor, a Constituição Federal de 1988 reservou-lhes uma proteção mais que especial, atribuindo a natureza jurídica de suas normas, direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor é oriundo de preceito constitucional, conforme tratado no item 4.3 do Capítulo quarto do presente trabalho. Com base em tal entendimento e nas diretrizes traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor, cuja finalidade é a promoção pelas esferas do poder estatal a proteção efetiva a parte vulnerável da relação de consumo, ver-se que Lei 13.455 de junho de 2017 põem em cheque várias normas consagradas pelo microssistema de proteção ao consumidor, uma vez que permite práticas que até então são tidas como abusivas, e por isso, vedadas pelo nosso ordenamento Pátrio.

Além do mais, a supracitada lei ao permitir a diferenciação do preço a depender do instrumento utilizado para pagamento fere a boa-fé fé objetiva, uma norma-princípio que inaugurou no ordenamento pátrio uma nova forma de interpretação dos contratos estabelecidos entre os privados. Na relação consumerista, o princípio da boa-fé objetiva impõe não só deveres anexos de conduta, mas é tido como um parâmetro para coibir eventuais abusos, preservando o equilíbrio entre as partes, devido a

confiança e as leais expectativas geradas no momento inicial de uma determinada obrigação.

A diferenciação na forma de pagamento a depender do instrumento utilizado pelo consumidor para adimplir com a obrigação contraída, impõe uma escolha com um ônus e prejuízo maior, o que gera um desequilíbrio na relação, pois a vulnerabilidade do consumidor também é reconhecida diante da ausência de conhecimentos técnicos sobre o impacto econômico que um referido negócio proporcionará no seu patrimônio. E lhes atribuir esse custo é considerado um tanto injusto quanto abusivo, pois a elevação do preço nesse caso, é envida de um vício, que é a falta de justa causa, exigindo deste, uma vantagem manifestadamente excessiva, violando a norma resultante da interpretação dos incisos V e X do art. 39 do CDC. E como bem apontado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, outras modalidades de pagamento, como por exemplo, cheque, cartão de crédito e débito entre outros, são consideradas modalidade de pagamento à vista, uma vez que o consumidor ao realiza a operação se desvincula imediatamente de qualquer obrigação perante o fornecedor.

Assim, dentro das diretrizes traçadas nos capítulos do presente trabalho, pode-se concluir que, a vigência da Lei 13.455, vai de encontro as normas e princípios que regem o microsistema de proteção ao consumidor, acentuando ainda mais a sua vulnerabilidade frente as práticas abusivas no mercado de consumo, desconstruindo todo um precedente firmado sobre a matéria, cujo o objetivo é dar uma maior igualdade de tratamento a coletividade de consumidores, tendo em vista o seu caráter vinculante. Por ser recente em nosso ordenamento, os efeitos da referida lei ainda não foram sentidos, mas, a priori, representa um retrocesso em matéria de proteção a direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS

AMORIM, Daniel Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 9º. Ed.Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

BATISTA, João de Almeida. **Manual de Direito do Consumidor**. 5°. Ed. ver. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor: À luz da Jurisprudência do STJ**. 6. Ed. rev. Ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2011.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Código de Defesa do Consumidor Completa 26 Anos**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/codigo-de-defesa-do-consumidor-completa-26-anos>. Publicado em 11/09/2016. Acesso em: 24 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição da república Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 13.455**, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, e altera a Lei no 10.962, de 11 de outubro de 2004. Brasília, 26 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13455.htm. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 13 nov. 2017.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12^o. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **Práticas Comerciais Abusivas e Sociedade de Consumo**. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/praticas-comerciais-abusivas-e-sociedade-de-consumo. Acesso em 05 de maio de 2018.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 14. Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

FREITAS, Alexandre Câmara. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **O Princípio da Informação na Pós-Modernidade: Direito Fundamental do Consumidor Para o Equilíbrio nas Relações de Consumo**. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3466/2482. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

GONZALEZ, Fabiana Marques dos Reis. **A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa-fé objetiva**. Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: www.emerj.tjrj.jus.br/.../trabalhos.../trabalhos.../FabianaMarquesdosReisGonzalez.pdf. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman V; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. **Código**

Brasileiro de Defesa do Consumidor. 11. Ed. rev. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017, Vol, 1.

MALDONADO, José Carlos de Carvalho. **Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial.** 5. Ed. rev. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

MARIMPIETRI, Flávia. **Direito Material do Consumidor.**1. Ed. Salvador: Endoquality, 2001.

MARQUE, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Fundamento do Direito do Consumidor.** Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor - RDC.** Ano 25. Vol. 107. Set – Out. / 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4. Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2103.

MARTINS, Judith Costa. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios para a sua Aplicação.**1º. Ed. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2015.

MEDEIROS, Leonardo Garcia. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência.** 7.ed. ver. Ampl. e atual. Niterói-RJ: Ed. Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. ver. Atual. São Paulo, Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2013.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

PIMENTA, Melisa Cunha. **“A Função Social do Contrato”**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/734/517>: Acesso em: 13 de novembro de 2017.

SANDR, Jussara Schmitt. **Função Social do Contrato. Conceito. Natureza Jurídica e Fundamentos**. Revista de Direito Público, Londrina, V. 6, N.2, P. 120-141, AGO/SET 2011. Disponível em: www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8721/9062. Acesso em: 13 novembro 2017.

SANTOS, Juliana Cardoso. **Da Autonomia da Vontade nos Contratos de Consumo**. Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos.../trabalhos.../JulianaCardosodosSantos.pdf. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da Confiança e venire Contra Factum Proprium**. 3^o.Ed.rev. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2012.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: E.d. Método, 2014.

WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do Consumidor: O Direito Fundamental nas Relações Privadas**. 22. Ed. Curitiba: Ed. Járúa, 2013.

ZAGHETTO, Hélio Gama. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.