

CONSELHO EDITORIAL:

Adel El Tasse
Alessandra Galli
Ana Paula Gularte Liberato
Antonio Carlos Efig
Carlyle Popp
Claudia Maria Barbosa
Eduardo Biacchi Gomes
Elizabeth Accioli
Francisco Carlos Duarte
Helena de Toledo Coelho Gonçalves
Ivo Dantas
James Marins
Jane Lúcia Wilhelm Berwanger
João Bosco Lee
José Antonio Savaris

José Augusto Delgado
José Renato Gaziero Cella
José Renato Martins
Luís Alexandre Carta Winter
Luiz Antonio Câmara
Marcos Wachowicz
Melissa Folmann
Néfi Cordeiro
Paulo Gomes Pimentel Júnior
Paulo Nalin
Rainer Czajkowski
Roberto Catalano Botelho Ferraz
Roland Hasson
Silma Mendes Berti
Vladimir Passos de Freitas

Obra realizada no âmbito de Projeto de Cooperação Interinstitucional do Programa Nacional de Cooperação Acadêmica – PROCAD – mantido pela CAPES, desenvolvido nos Programas de Pós-graduação das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

ISBN: 978-85-362-3376-5



Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Escritório: Av. da República, 47 – 9º Dtº – 1050-188 – Lisboa – Portugal
Loja: Rua General Torres, 1.220 – Loja 15 – Centro Comercial D'Ouro –
4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

T314 Tepedino, Gustavo (org.).
Pensamento crítico do direito civil brasileiro. / Gustavo
Tepedino, Luiz Edson Fachin (orgs.). / Curitiba: Juruá, 2011.
404p.

1. Direito civil. 2. Pensamento crítico. I. Fachin, Luiz
Edson (org.). II. Título.

CDD 347(22.ed)
CDU 357

0282

Visite nossos sites na internet: www.jurua.com.br e www.editorialjurua.com
e-mail: editora@jurua.com.br

Gustavo Tepedino
Luiz Edson Fachin
Organizadores



PENSAMENTO CRÍTICO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Colaboradores

Ana Amélia Ribeiro Sales
Ana Carla Harmatiuk Mattos
Ana Carolina Brochado Teixeira
Anderson Schreiber
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Cláudia Elisabeth Pozzi
Daniele Pontes
Danilo Doneda
Eroulths Cortiano Junior
Felipe Bley Folly
Fernanda Paes Leme Peyneau Rito
Gabriel Schulman
Giovanna Bonilha Milano
Glenda Gonçalves Gondim
Juliano Marcondes Paganini
Jussara Meirelles
Katya Isaguirre
Marcos Alves da Silva
Maria Cândida do Amaral Kroetz

Marília Pedroso Xavier
Mario Viola
Micheli Mayumi Iwasaki
Norberto Nuno Gomes de Andrade
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Pablo Rentería
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira
Paulo Nalin
Pedro Henrique Gallotti Kenicke
Rafael da Silva Rocha
Rafael Esteves
Ricardo H. Weber
Ricardo Lucas Calderon
Rosalice Fidalgo Pinheiro
Rose Melo Vencelau Meireles
Sergio Manuel Fialho Lourinho
Silvana Carbonera
Thaís Braga Bertassoni

Curitiba
Juruá Editora
2011

BRITO, Edvaldo. Nota prévia. *In: GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. VII-XXI.

CAPPELLINI, Paolo. *Sistema jurídico e codificação*. Tradução de Angela Couto Machado Fonseca e Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Homens e Mulheres do chão levantados. *In: Questões do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. *In: Revista da Faculdade de Direito UFPR*. v. 44, p. 61-76, 2006.

GOMES, Orlando. A função social da propriedade. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Corrêa*. Boletim da Faculdade de Direito, número especial. Universidade de Coimbra: Coimbra, 1989.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Significado a evolução contemporânea do direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*. Ano 87, v. 757, nov.1988. p. 717-727.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX 1914-1991*. 2. ed. 38 reimpr. Tradução de Marcos Santarrita; Revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

MARTINS, José de Souza. *O cativo da terra*. São Paulo: Contexto, 2010.

NUNES, A. J. Avelãs. *Aventuras e desventuras do estado social*. Coimbra, 2007.

_____. *Do capitalismo e do socialismo*. Coimbra: Atlântida, 1972.

_____. *Do capitalismo e do socialismo*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Propriedade, Direito e Estado*. Coimbra, 2009. 64 f. Digitado. Texto da palestra proferida no âmbito da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará em 06.10.2009.

REALE, Miguel. *Discurso proferido no ato solene de sanção do Código Civil*. Brasília, 10.01.2001. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. *O novo código civil e seu críticos*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Significado do código civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 1, n. 1, set./out. 1999.

_____. Visão geral do novo código civil. *In: TAPAI, Gisele (Coord.). Novo código civil brasileiro: Lei 10.406, de 10.01.2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WALD, Arnoldo. *A Codificação no Brasil: A obra de Teixeira de Freitas*. *In: La Codificación. Raíces y Prospectiva*. La codificación en américa. Buenos Aires: El Derecho, 2004. v. II.

RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO: CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira¹

Sumário: Introdução; 1 O papel do CDC no ordenamento jurídico brasileiro; 2 Definição do conceito de consumidor; 3 Campo de aplicação do CDC e as demais fontes normativas; 4 Critérios hermenêuticos de solução de conflitos; 5 Conclusão; 6 Referências.

RESUMO

Os juristas têm enfrentado grande tarefa na delimitação do conceito de consumidor para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas, lei que confere diversos benefícios a parte mais vulnerável visando reequilibrar a relação. E para estabelecer a norma aplicável frente às demais fontes normativas necessário se faz o uso de critérios hermenêuticos para solução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE

Relação de consumo. Vulnerabilidade. Código de defesa do consumidor. Fontes normativas. Critérios hermenêuticos. Interpretação.

INTRODUÇÃO

O art. 5º, XXXII, da CF/88, estabelece como dever do Estado a defesa do consumidor, que, além de ser um direito fundamental, constitui prin-

¹ Advogada. Mestra em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora contratada pelo Curso de Pós-graduação da PUC/RJ.

cípio da ordem econômica (CF/88, art. 170, V), motivo pelo qual o art. 48 do Ato das Disposições Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nesse sentido, identificar a relação jurídica de consumo vem assumindo grande relevância não só para garantir a aplicação do CDC, mas, principalmente, para dar efetividade a um direito fundamental reconhecido pelo Poder Constituinte de 1988.

Diante de tal importância, a interpretação do CDC, desde seu advento, em 1990, sempre foi um desafio para os juristas e aplicadores do direito. Isto não só em razão das inovações trazidas pela lei e os conceitos por ela definidos, mas também, pela própria dificuldade da arte de interpretar.

O processo de interpretação e compreensão da norma passou por diversas etapas ao longo dos séculos, ultrapassando-se o brocardo *in claris cessat interpretatio*, os critérios cronológicos, da especialidade e hierarquia, até chegar a uma interpretação sistemática e bem fundamentada.

Para enfrentar os problemas advindos do tratamento diferenciado trazido pelo CDC e as demais fontes normativas dentro de um sistema uno, plural e aberto, é importante abordar, num primeiro momento, o papel deste diploma legal no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, deve-se buscar a definição do conceito de consumidor para fins de configurar a existência de uma relação jurídica de consumo, já que a tutela do consumidor é que impulsionou a existência de uma legislação especial.

Uma vez configurada a presença de uma relação de consumo, surge o problema da aplicação do CDC e sua compatibilidade com outras leis, mormente o Código Civil (CC), em razão de eventuais incompatibilidades, incoerências ou subsidiariedade. Diante dessa problemática, utilizam-se critérios hermenêuticos para a solução de “conflitos”, capazes de orientar a difícil tarefa do jurista diante da complexidade do sistema.

O critério interpretativo das relações de consumo e a própria delimitação do âmbito de aplicação da lei advêm do texto constitucional, do princípio da vulnerabilidade, que é o cerne do conceito de consumidor, sub-princípio da isonomia substancial e da dignidade da pessoa humana.

1 O PAPEL DO CDC NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito do consumidor tem sua origem atrelada à Revolução Industrial, que resultou na modificação do processo de produção, de distribui-

ção e, conseqüentemente, na necessidade de adoção de novos remédios contratuais, pois os que até então existiam mostravam-se insuficientes para reger as novas relações jurídicas.

Após a revolução industrial (séc. XIX), o *fordismo* (séc. XX), a sociedade foi passando por novas transformações sociais, econômicas, políticas. Hoje, na pós-modernidade (séc. XXI), caracterizada pela comunicação sem fronteiras, a troca rápida das informações e imagens pelos meios tecnológicos, a defesa do consumidor continua sendo enorme desafio.

O direito contratual tradicional, os dogmas romanistas, os princípios clássicos da autonomia de vontade, obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e relatividade dos contratos, tornaram-se insuficientes para reger as novas relações contratuais. A responsabilidade subjetiva não mais tutelava a vítima, que se via impossibilitada de provar a responsabilidade do causador do dano, e a ausência de controle por parte do Estado no mercado eram ambientes propícios para práticas abusivas e eliminação da concorrência, resultando em desigualdades econômicas e jurídicas entre consumidores e fornecedores – ideário liberal –, mormente frente ao desenvolvimento tecnológico e científico, ao aumento dos riscos e acidente de consumo.

Por isso, numa sociedade de consumo (caracterizada por número crescente de produtos e serviços, domínio do crédito e do *marketing* e dificuldade de acesso à justiça), há a necessidade de superar a vulnerabilidade do consumidor, pelo que imprescindível a intervenção estatal através de normas jurídicas de consumo efetivas e capazes de dirimir conflitos.

Foi nesse período, conhecido como “século dos novos direitos”, que do velho tronco do direito civil brotaram novos ramos, como direito ambiental, biodireito, direito espacial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros. Todos para atender, por meio de princípios próprios, às novas necessidades da sociedade.

O arcabouço jurídico até então existente, consubstanciado na ideia de centralidade do Código Civil de 1916, capaz de regular todas as relações privadas e garantir certeza do direito por meio da unificação do sistema, não acompanhou as transformações sociais e econômicas, acarretando um descompasso ente o fato social e o fato jurídico.

Por essas razões, fez-se imperiosa a elaboração de normas para garantir a tutela do consumidor, mormente neste novo século em que a sociedade é globalizada, dominada pelo comércio eletrônico e pela busca de mais segurança e transparência nas relações.

A legislação consumerista tem como *ratio*, justamente, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proi-

bindo ou limitando certas práticas de mercado. Todavia, a aplicação dessa legislação protetiva deve-se dar de forma a abranger os verdadeiros vulneráveis, os que demandam um tratamento diferenciado do ordenamento jurídico, sob pena de esvaziar o espírito da lei, o que também se tornou um desafio para os juristas e aplicadores do direito.

No Brasil a Assembleia Constituinte optou pela “codificação” das normas de consumo, as quais, apesar de terem sido votadas como lei e não como código, mantiveram o caráter sistemático, homogêneo, coeso.

A CF/88 (art. 5º, XXXII), dentre os direitos e garantias fundamentais, elencou a defesa do consumidor como dever do Estado, não mera faculdade, pois constitui direito subjetivo público geral a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Essa preocupação do constituinte também se encontra no art. 170 da CF/88, que coloca a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da ordem econômica. Cabe ao Estado coibir abusos como a concorrência desleal nas práticas comerciais, racionalização dos serviços públicos e promover estudo constante das modificações do mercado de consumo.

O CDC é um sistema de regras de direito logicamente unidas, que compreende princípios de defesa do direito do consumidor, conceitos fundamentais, normas e cláusulas gerais para sua interpretação e aplicação.

O surgimento da lei consumerista representou um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, pois o CC/1916, construído na visão oitocentista, individualista e patrimonialista, influenciado pelo movimento de codificação após a Revolução Francesa com a edição do Código Civil francês de 1804, chamado de “primeira codificação”, não era suficiente para solucionar os conflitos existentes em razão do desequilíbrio das relações, dos abusos cometidos pelas partes mais fortes. Somente através da positivação do princípio da boa-fé objetiva, da transparência, da equidade contratual, e da utilização de outros mecanismos como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, foi possível reestabelecer o equilíbrio da relação, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, parte mais frágil.

Portanto, diante da insuficiência da tão confiável codificação como forma de garantir a segurança jurídica, como se o CC fosse a “constituição do homem privado”, discute-se a ideia de código, de um corpo central que tenha pretensão de plenitude, de abarcar a totalidade do direito. Começam a surgir leis para sanar as deficiências do código diante de novas relações jurídicas e da necessidade de tutelar determinadas pessoas (lei de locação, ECA, CDC). Entra, portanto, em crise a ideia de

codificação única e centralizadora, em face do surgimento de leis especiais, setoriais para regulamentação de relações jurídicas de interesse de grupos econômicos determinados, retirando institutos do CC e promovendo regulamentação especial, própria. Inicia-se, no começo do século XX, o movimento de descodificação do direito civil, uma nova etapa no processo legislativo.

Com isso, discute-se a posição do CDC e sua incidência diante da pluralidade de fontes normativas existentes no ordenamento jurídico. Haveria a passagem de um monossistema oitocentista para um polissistema, com a Constituição no centro e os demais microsistemas gravitando ao seu redor?

Para maioria dos consumeristas, o CDC é uma lei de cunho inter e multidisciplinar, um microsistema jurídico, com princípios próprios e relação com outros ramos do direito.

A visão do CDC como microsistema normativo, de acordo com Paulo de Tarso Sanseverino², decorre de este se inserir dentro do ordenamento jurídico brasileiro como um todo e, particularmente, no interior do sistema de direito privado, que tem como eixo central o CC. Todavia, a visão de microsistema é incompatível com a de ordenamento uno, de um sistema aberto, flexível, fundado na axiologia constitucional.

O CDC coexiste no sistema normativo com uma pluralidade de fontes, com diversas outras leis especiais, e com o próprio CC. O CDC e o CC têm finalidades diferentes, mas não há colisão, cada um tem sua razão de ser, seu campo de atuação.

O CC, lei central do direito privado, é código para regular as relações jurídicas entre iguais, e tem por base o equilíbrio entre as partes, e também consagra princípios como o da boa-fé objetiva e o da responsabilidade objetiva (arts. 113, 422, 187, 927, parágrafo único e 931). Já o CDC é aplicável para o campo especial das relações jurídicas de consumo, em que há desigualdade entre as partes. Através do CDC busca-se a igualdade material, real, protegendo o “diferente”, o “desigual”, o mais “fraco”, o “vulnerável”.

O Estado passou a intervir mais na regulamentação de certas relações jurídicas, por meio de disposições legais cogentes, estabelecendo limites ao conteúdo de certos contratos, pois a necessidade do indivíduo de contratar faz com que ceda a pressões, acarretando desequilíbrio econômico entre as partes. O objetivo é, portanto, tutelar o consumidor vulnerável através, principalmente, de normas protetivas.

² Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Trata-se, nas corretas palavras da professora Cláudia Lima Marques³, de direito do consumidor e não de direito do consumo. As normas são de proteção do sujeito consumidor (individual ou coletivamente) e não do mercado ou de proteção do consumo.

O art. 1º do CDC o define como normas de ordem pública e interesse social, o que vale dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados e gozam de caráter cogente (nulidade absoluta da cláusula que vise “dispor” sobre direitos assegurados em norma de ordem pública – ex. art. 39, 41, 51, todos do CDC e art. 166, VII, do CC), embora se admita alguma disposição de caráter patrimonial, como a convenção coletiva de consumo prevista no art. 107, são normas de direito privado, mas de aplicação *ex officio* pelos magistrados diante do interesse público ou social prevalente.

2 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CONSUMIDOR

O consumidor é sujeito constitucionalmente identificado como “diferente”, sujeito de direitos especiais em face de sua vulnerabilidade⁴ frente ao fornecedor de serviços e produtos o qual detém o controle dos meios de produção e os domínios técnico e científico. Por isto, sua tutela ganha cunho constitucional, ocupando uma posição relevante dentro do ordenamento jurídico.

A relevância da aplicação de uma lei mais protetiva e de todos os benefícios por ela trazidos, tais como inversão do ônus da prova, foro privilegiado, prazos decadenciais e prescricionais diferenciados, nulidade de pleno direito de determinadas cláusulas contratuais consideradas abusivas quando há desigualdade na relação, banco de dados, tutela coletiva, facilidade no acesso à justiça etc., gera dificuldades quanto à definição da relação jurídica de consumo, principalmente do conceito de consumidor.

No exterior⁵, muitas leis não definem o conceito de consumidor, deixando para a doutrina e jurisprudência.

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

⁴ “Em resumo, existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. E um quarto tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional”. BENJAMIN, Antônio Herman V. et al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 71-75.

⁵ Diretiva 93/13/CE. Nos EUA, a definição de consumidor varia conforme o setor regulado (*Electronic signatures in global and nation commerce act*, de 08.06.2000 – restritivo – fins pessoais, familiares ou domésticos).

A definição de consumidor pode concentrar-se em traços inerentes ao sujeito ou em certas circunstâncias, fenômenos, atividades que retratam submissão e desigualdade no relacionamento intersubjetivo. Logo, o critério de incidência da lei de proteção ao consumidor pode ser baseado em aspectos vinculados ao sujeito, ou fundar-se em determinadas atividades do mercado que colocam as partes em desigualdade, ou, ainda, utilizar ambos os critérios.

O enfoque doutrinário utilizado para analisar a incidência do CDC tem sido a existência de relação de consumo, considerando os conceitos padrões de consumidor, fornecedor, produto, serviço e, mais especificamente, o sentido da expressão “destinatário final”, utilizada no art. 2º, *caput*, do CDC, que estabelece o conceito *standard* de consumidor. Todavia, o Código também amplia o conceito de consumidor ao considerar os equiparados (CDC, art. 17).

Caracterizar uma relação jurídica como sendo de consumo pelos sujeitos e pelo elemento teleológico, destinatário final, pode, na visão de Leonardo Bessa⁶, afastar a própria *ratio* da norma, que consiste na proteção do vulnerável no mercado de consumo, por perturbar a compreensão das hipóteses de incidência do CDC. Por isto, propõe que a noção do suporte fático seria mais útil e ressalta que o próprio CDC se concentra, em algumas passagens, na atividade desenvolvida no mercado de consumo, deixando os conceitos básicos de consumidor e fornecedor em segundo plano. É o caso das atividades que envolvem bancos de dados, publicidade enganosa e abusiva, e cobrança de dívidas (art. 29).

A discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da incidência do CDC concentra-se, basicamente, na definição de relação de consumo pelo sujeito (consumidor e fornecedor), objeto (produto e serviço), e elemento teleológico (destinatário final). E a principal controvérsia é quanto à definição do termo “destinatário final” previsto no art. 2º do CDC. Surgiram, portanto, duas grandes correntes: a maximalista e a finalista. E, hoje, verifica-se uma terceira linha de interpretação denominada finalismo aprofundado ou mitigado.

Outro problema que a jurisprudência pátria tem enfrentado é quanto à aplicação da legislação consumerista e, portanto, de normas mais benéficas à parte mais vulnerável da relação jurídica, quando os contratos são concluídos por dois profissionais. Isto porque, quando se fala da proteção do consumidor, pensa-se, a princípio, na defesa do não

⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor*: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

profissional, pessoa física que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal, vistos como partes mais fortes da relação por ter o domínio dos meios de produção, de conhecimento técnico e científico. Por isso, não se consideraria consumidor o profissional que contrata um serviço ou adquire um produto, eis que agiria com intenção de lucro e estaria em pé de igualdade, não justificando a aplicação de uma lei especial.

Apesar das divergências, o CDC é expresso quanto à abrangência da pessoa jurídica como consumidora (CDC art. 2º), e no art. 29 acaba por abranger as pessoas jurídicas submetidas às práticas abusivas, propaganda enganosa e abusiva (STJ, REsp. 476428 / SC). Estes dispositivos legais devem ser interpretados de acordo com a Constituição Federal, levando em consideração a finalidade constitucional que colocou a defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Na visão maximalista, também chamada de objetiva, as normas do CDC visam um novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, não servindo apenas para proteger o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que instituiu normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada, portanto, de forma extensiva, abrangendo um número cada vez maior de relações no mercado, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço, por isso o aspecto objetivo. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que o retira do mercado, para utilizá-lo ou consumi-lo. Nesse sentido já se posicionou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 263.229/SP, REsp. 286441/RS, REsp. 445854/MS).

A interpretação finalista (ou subjetiva), por sua vez, restringe a figura do consumidor ao que adquire um produto para seu uso próprio e de sua família. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar, de maneira especial, um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Esta teoria defende que o que concretiza a relação de consumo é a sua causa, por isso verifica se a finalidade do contrato⁷ foi para consumo ou produção. Se o adquirente pretende incorporar o produto ou serviço ao processo produtivo de outro bem não pode ser considerado consumidor, o que representa uma interpretação restritiva. Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem.

⁷ Cf. BODIN de MORAES, Maria Celina. A Causa dos Contratos. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 21, p. 95-119, 2005.

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito de já ter proferido decisões baseadas numa interpretação mais extensiva, foi-se inclinando, em alguns julgados, por uma visão mais restritiva, adotando a corrente finalista (REsp. 541867/BA, REsp. 733560/RJ, REsp. 476428/SC, REsp. 541867/BA, REsp. 836.823/PR, REsp. 603763/RS)

Interessante jurisprudência a respeito da interpretação do conceito de consumidor pelo termo “destinatário final” trazido pelo art. 2º do CDC, e que bem demonstra as visões maximalista e finalista, respectivamente, pode ser verificada nos casos adiante, julgados pelo STJ. Num primeiro julgado datado de 18.11.1999, envolvendo caso de compra de adubo por pequeno profissional agrícola, cujo relator foi o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o produtor agrícola que compra adubo é considerado consumidor, destinatário final, pois o produto foi utilizado para o preparo de sua terra e não para ser objeto de transformação, não sendo considerado matéria-prima. Essa interpretação permitiu a aplicação do prazo prescricional do CDC, mais benéfico que o do Código Comercial (STJ, REsp. 208793/MT). Já em julgado datado de 02.09.2008, a miniagricultora que adquiriu adubo não foi enquadrada como consumidora, pois a interpretação foi a de que não constitui destinatário final aquele que obtém insumo para investir em sua atividade comercial (STJ, REsp. 1014960/RS). Em decisão mais recente proferida, aos 01.10.2010, no REsp. 914384/MT foi analisado mais o aspecto da vulnerabilidade em situação que também versava sobre compra de insumos agrícolas. Nesse caso a Terceira Turma afastou a aplicação da lei consumerista, tendo em vista que o produto foi adquirido por grande produtor rural, um empresário rural e ao adquirir sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva, não o faz como destinatário final, diferentemente dos casos da agricultura de subsistência, em que a relação de consumo e a hipossuficiência ficam bem delineadas.

Esses julgados demonstram a divergência ainda existente quanto ao enquadramento de uma relação jurídica como de consumo e, conseqüentemente, a aplicação dos benefícios trazidos pela lei consumerista.

Cláudia Lima Marques⁸ registra um abrandamento da corrente finalista, aceitando a possibilidade de se reconhecer a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional liberal, quando, por exemplo, adquire um produto fora de seu campo de especialidade (STJ, REsp. 476428/SC). O art. 2º do CDC é interpretado de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo através da aplicação das normas especiais do CDC.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., nota 2, p. 254.

A preocupação do intérprete e aplicador da lei deve ser não só a de garantir a efetiva aplicação da lei consumerista para a parte mais fraca da relação jurídica, mas também a de evitar que o CDC sirva de anteparo para outras relações jurídicas que já gozam das benesses existentes no direito civil para os profissionais-consumidores.

A verificação da vulnerabilidade deve-se dar no caso concreto e ter por base os princípios e diretrizes previstos nos arts. 4º e 6º do CDC, restando à jurisprudência a tarefa criadora de estabelecer parâmetros interpretativos calcados na Constituição Federal, fundamentando suas decisões.

A CF, apesar de não trazer um conceito de consumidor, prioriza a proteção da dignidade da pessoa humana, pelo que estaria implícita a prevalência da tutela da pessoa física, art. 2º, c.c. arts. 4º, *caput*, 6º, 51, I, CDC. A aplicação do CDC para as pessoas jurídicas, profissionais, será feita, portanto, de forma restritiva, por isso utiliza o critério da vulnerabilidade em concreto.

A bipolarização das opiniões entre a doutrina finalista e maximalista traz a necessidade de que se reflita mais sobre o tema.

O que justifica um tratamento diferenciado e desigual dos cocontratantes é o desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo, motivo pelo qual protege o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, que é desigual técnica, fática, jurídica e informacionalmente.

Por isso, se encontram alguns julgados que diante do caso concreto enquadram o profissional como consumidor, abrاندando a teria finalista, haja vista a decisão no Resp. 716877/SP, e no Resp. 1080719/MG, em que um caminhoneiro e um frentista reclamaram por seus veículos de trabalho apresentarem defeitos de fabricação, e, muito embora utilizassem o caminhão para prestar serviços, tal fato impossibilitou suas manutenções e a de suas famílias, restando caracterizada a vulnerabilidade. Logo, não há como tratar da mesma maneira uma pessoa jurídica de grande porte que explore a prestação de serviços de transporte com o pequeno caminhoneiro, este, sim, merecedor de uma proteção especial prevista no CDC. Da mesma forma, o caso da costureira que adquiriu máquina de bordado para desenvolvimento de seu mister e que foi considerada consumidora em razão de sua vulnerabilidade, a despeito de o equipamento ter sido adquirido para o incremento de sua atividade profissional de bordadeira, conforme decisão proferida no Resp. 1010834/GO, em 13.10.2010, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Em relação à pessoa física consumidora, vigora a presunção de vulnerabilidade, no entanto, quanto aos contratos firmados entre dois profis-

sionais, indaga-se se existiria desequilíbrio. Como regra geral, presume-se que não há desequilíbrio, ou que ele não é tão grave a ponto de merecer uma tutela especial, sendo suficiente a aplicação do Código Civil, que já estabelece normas capazes de garantir a função social do contrato, a equidade, o equilíbrio, a boa-fé nas relações.

Um dos desafios atuais é a aplicação do CDC nos negócios eletrônicos, que também demandará a identificação da existência de uma relação jurídica de consumo. A contratação eletrônica por meio da internet expõe os dados pessoais, patrimoniais e existenciais dos usuários ou terceiros, e dada sua natureza transnacional, com a transmissão de um grande número de informações, acentua-se cada vez mais a vulnerabilidade do consumidor, pois o fornecedor detém o controle informacional, técnico e de linguagem.

Visão mais rígida do finalismo exclui a aplicação do CDC para os negócios eletrônicos denominados B2B (*business to business*), de empresa para empresa, embora abranja modalidades B2C (*business to consumer*), de empresa para consumidor (STJ, CC 40220/SP, Resp. 1193674/SP) e C2B, de consumidor para empresa.

Além dos consumidores *stricto sensu*, o Código traz o conceito de consumidor equiparado (CDC, arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29) que abrange aqueles que podem ser atingidos ou prejudicados pelas atividades dos fornecedores no mercado.

O parágrafo único do art. 2º do CDC – “*que haja intervindo nas relações de consumo*” – é, dentre as normas de extensão, a mais geral, equiparando a consumidor toda a coletividade de pessoas (arts. 81, III, c.c. arts. 91 ao 100, todos do CDC, art. 129, III, IX, da CF, e Lei 7.347/85), ainda que indetermináveis.

O art. 17 do CDC traz a figura do consumidor *bystander*, que são as vítimas do evento, dos acidentes de consumo (art. 12 ao 14 CDC), ainda que a pessoa não tenha qualquer relação contratual anterior com determinado fornecedor, o que caracteriza a mitigação do princípio da relatividade do contrato. O importante, aqui, é tutelar todas as pessoas expostas às atividades de risco.

O art. 29 do CDC, por sua vez, abrange: i) capítulo das práticas comerciais – oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e banco de dados e cadastro de consumidores; e ii) o capítulo da proteção contratual, que inclui as disposições gerais, as cláusulas abusivas e contratos de adesão.

Leonardo Roscoe Bessa⁹ resume os ensinamentos da doutrina sobre o art. 29 do CDC em três perspectivas: i) proteção preventiva do consumidor, pois basta a exposição às práticas indicadas, não se faz necessária a aquisição do produto ou serviço para poder invocar o CDC; ii) tutela os direitos coletivos do consumidor (pessoas determinadas ou determináveis); iii) desnecessidade do elemento teleológico destinatário final referido no *caput* do art. 2º.

A maior controvérsia em relação a este artigo é se o requisito “destinatário final” está ou não afastado. Para Herman Benjamim¹⁰, o único requisito é que as pessoas, físicas ou jurídicas, estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código. Já para Zanellato¹¹, este artigo não pode ser interpretado isoladamente, mas, sim, sistematicamente, por isso deve levar em conta o conceito padrão de consumidor.

De acordo com Claudia Marques¹², a vulnerabilidade deve estar presente para se aplicar o art. 29, dispensando o critério “destinatário final” e, em caso de pessoa jurídica, a vulnerabilidade não se presume, devendo ser concretamente demonstrada.

Para Leonardo Bessa não parece o melhor caminho interpretar o art. 29 preso ao elemento subjetivo da relação de consumo indicado pelo *caput* do art. 2º (destinatário final). Se, de um lado, a interpretação isolada pode, de fato, alcançar praticamente todas as pessoas físicas e jurídicas (fornecedores ou não) que se propõem a adquirir produtos ou serviços, é verdade, de outro lado, que a interpretação conjugada entre o conceito do art. 2º, *caput*, com o do art. 29, esvazia, por completo, a equiparação¹³.

Todos os dispositivos da lei consumerista devem ser interpretados a partir de uma perspectiva constitucional, considerando as razões de tutela do consumidor, a fragilidade e a vulnerabilidade em concreto da pessoa envolvida.

Diante de todas as controvérsias em torno da definição de relação jurídica de consumo, busca-se um critério hermenêutico para a solução dos casos difíceis, o qual deve partir da *ratio essendi* das leis especiais de prote-

⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor...*, *cit.*, nota 5, p. 73.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 264-265.

¹¹ ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de Consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor* 45, São Paulo: RT, p. 176, jan./mar. 2003.

¹² Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, *cit.*, nota 2.

¹³ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor...*, *cit.*, nota 5, p. 76

ção ao consumidor – fragilidade, vulnerabilidade, dignidade da pessoa humana, ordem econômica (CF, art. 1º, III, art. 5º, XXXII, e 170, V). O conceito de consumidor deve ser funcionalizado, não se deve adotar, simplesmente, a corrente maximalista ou finalista, mas, sim, garantir a tutela mais ampla da personalidade, reduzindo as situações de particular vulnerabilidade provocada pelo mercado.

3 CAMPO DE APLICAÇÃO DO CDC E AS DEMAIS FONTES NORMATIVAS

O CC e o CDC compõem, além de outras fontes normativas, a unidade do complexo ordenamento jurídico e são, portanto, diplomas complementares, e não contrastantes, e instrumentos para promover a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial.

O tratamento diferenciado estabelecido na Lei 8.080/90 se fez necessário em razão da precariedade do CC de 1916 para regular todas as relações privadas perante a realidade social, assim como surgiram outras leis para regerem determinados setores e protegerem as partes mais frágeis (Lei de Locações, ECA, Estatuto do Idoso, Estatuto da Cidade). Desta forma, após o processo histórico de fragmentação, passou a existir no sistema uma multiplicidade de fontes normativas, o que colocou em dúvida a própria sistematização, surgindo a necessidade do resgate dessa unidade para não se criar “guetos” legislativos.

Por isso, cabe ao intérprete não se afastar da ideia de unidade desse sistema plural, fluido, aberto, complexo, através CF, de seus princípios constitucionais que estão no ápice do ordenamento e gozam de força normativa. Os princípios constitucionais são capazes de aglutinar núcleos legislativos através da tábua de valor comum à sociedade, a pessoa humana.

O CDC representa no sistema de fontes normativas a introdução de novos princípios contratuais, meio de promover a igualdade entre a parte vulnerável e os demais sujeitos. A defesa do consumidor é a expressão da tutela da pessoa humana em situação de particular vulnerabilidade.

O CC lido à luz da legalidade constitucional também assegura proteção à pessoa humana de acordo com sua posição nas relações privadas paritárias, o que se dá através dos princípios da boa-fé objetiva, função social da propriedade e do contrato, equilíbrio econômico dos contratos, responsabilidade objetiva decorrente do risco (CC, arts. 113, 187, 422, 473, 478, 479, 480, 884, 927). E esses princípios convergem com os do CDC.

No entanto, alguns preceitos do CC podem aparentemente colidir com os do CDC, da mesma forma que, com outros ramos do direito, como as exigências administrativas de prestação de serviços públicos¹⁴, ou serem insuficientes para regularem determinadas situações. Isso não significa que haja superação de um diploma em relação ao outro, ou que o conflito deva ser solucionado pelos tradicionais critérios cronológico, de especialização ou hierarquia, ou, até mesmo, que possa haver conjugação de normas se mais favoráveis ao consumidor. O que se pretende é garantir a aplicação dos diplomas legais de acordo com a relação jurídica em questão: se paritárias, aplica-se o CC; se desiguais, o CDC, podendo-se aplicar os conceitos estabelecidos pela lei civil, sem que com isso haja violação de qualquer outra disposição legal e, principalmente, a própria Constituição Federal que confere à defesa do consumidor o *status* de direito fundamental.

O sistema deve ser interpretado em consonância com a unidade axiológica constitucional. Portanto, o critério hermenêutico a ser adotado é o que melhor atenderá ao princípio constitucional.

Para esse pluralismo normativo pós-moderno, Cláudia Marques¹⁵ sustenta, amparada em seu mestre, Erik Jayme, a aplicação de um “diálogo das fontes”, que significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais. E, tratando-se do CC e do CDC, três tipos de diálogos seriam possíveis: i) diálogo sistemático de coerência; ii) diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais; e iii) diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

No entanto, apesar de possível e cabível o diálogo das fontes, o CDC não pode ser compreendido como um microsistema, como se o ordenamento não fosse uno. Na perspectiva sistemática, as normas devem ser interpretadas em conjunto, respeitando os princípios constitucionais.

A maioria dos consumeristas defende, com fulcro no art. 7º do CDC, chamado de cláusula de abertura, a aplicação da norma mais favorável aos direitos dos consumidores que pode estar em outras leis que não só o CDC. Com esse fundamento, poder-se-ia aplicar o CC com o CDC, ou apenas o CC, se mais benéfico, como se existisse o princípio do maior favorecimento ao consumidor.

Alguns institutos são tratados de ao modo peculiar no CC e no CDC e, por isso, têm sido alvo de divergências, suscitando dúvidas quanto à

¹⁴ O STJ utiliza classificações administrativas e apenas aplica o CDC quando há possibilidade de identificação do usuários (consumidores), analisando também o critério de remuneração da atividade, conforme o seguinte julgado REsp. 754784/PR.

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. *et al.* **Manual de direito do consumidor...**, *cit.*, nota 5, p. 87.

forma de aplicação dos diplomas aos casos concretos, se excludentes, simultâneos ou subsidiários, como por exemplo: i) prescrição¹⁶; ii) desconsideração da personalidade jurídica¹⁷; iii) contrato de transporte; iv) abuso de direito (CDC, art. 187 do CC e art. 54), e v) onerosidade excessiva¹⁸.

Em matéria contratual, também é preciso identificar quais são os contratos submetidos às normas consumeristas, já que o CDC não trata de nenhum contrato em especial, nem da compatibilidade deste com outras leis, seja o Código Civil ou outras leis especiais que regulam especificamente a matéria.

É indiscutível que na maioria dos contratos encontramos a figura do consumidor e do fornecedor, no entanto, em razão da matéria, tem-se maior cautela na aplicação da lei regulatória.

Os principais contratos de fornecimento de serviços e de produtos colocados à disposição dos consumidores são: contratos imobiliários; de

¹⁶ Um exemplo de aparente conflito é a aplicação pelo CDC do prazo de cinco anos para a reparação dos danos causados pelo fato do produto ou serviço (art. 27), enquanto que o CC estabelece o prazo de 3 anos (art. 206). Outro caso é a aplicação do prazo prescricional nas ações envolvendo pretensão do segurado em face do segurador, pois pelo CC o prazo é anual (art. 206, § 1º, II, do CC/2002), enquanto pelo CDC é quinquenal. Nessa hipótese, a jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido da aplicação da prescrição anual prevista na lei civil, afastando a prescrição quinquenal do CDC, eis que esta trata de responsabilidade por fato de serviço enquanto aquela, de responsabilidade civil, decorre de inadimplemento contratual (STJ, Súmula 101, REsp. 773369/RJ, AgRg. no Ag. 1277705/GO). Para Sergio Cavalieri Filho aplicação a prescrição quinquenal mais favorável ao consumidor. Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 277-278.

¹⁷ A teoria da desconsideração da personalidade jurídica também apresenta tratamento diferenciado no CC e CDC. Isto porque o art. 50 do CC estabelece a desconsideração em caso de abuso de personalidade configurado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, enquanto que o art. 28 do CDC prevê maior flexibilidade ao dispor que a pessoa jurídica também pode ser desconsiderada quando for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (art. 6º, VI, do CDC). Por isso, doutrina e jurisprudência (STJ REsp. 279273/SP) divergem, o que fez nascer duas teorias: a maior, segundo a qual, somente nas hipóteses excepcionais de fraude, abuso ou confusão patrimonial admitir-se-ia a desconsideração da personalidade jurídica; e a teoria menor, em que a desconsideração também poderia ser decretada quando a manutenção de sua personalidade constituísse obstáculo ao ressarcimento por prejuízos causados aos consumidores. TEPELINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, n. 30, p. 65, abr./jun. 2007.

¹⁸ A onerosidade excessiva é tratada pelo ordenamento jurídico sob dois regimes distintos, o do CC (arts. 317 e 478) e o do CDC (art. 6º, V), os quais divergem substancialmente quanto à eficácia e às condições de aplicação de suas normas. No CC é necessária a existência de um contrato de execução continuada ou diferida, a desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, e a onerosidade derivada de acontecimento imprevisível e extraordinário, capaz de alterar a situação de fato existente à época da formação do contrato. Já no CDC não se exige que o evento que causa o desequilíbrio contratual seja extraordinário ou imprevisível como ocorre na lei civil; basta a demonstração objetiva do desequilíbrio entre as prestações para ensejar a revisão contratual, em favor do consumidor. Cf. LIRA, Ricardo Pereira. A Onerosidade Excessiva Observada nos Contratos. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 159, p. 12, jan./mar. 1985.

empreitada, contratos de transporte¹⁹, de turismo e viagem; contratos de hospedagem, de depósito e estacionamento (STJ REsp. 419059/SP); contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada (STJ AgRg. no REsp. 869294/RN), contratos bancários (STF ADI 2591/DF), e de financiamento (STJ AgRg. no Ag. 953299/RS); contratos de administração de consórcios, leasing massificado e afins (STJ REsp. 437660/SP); contratos de fornecimento de serviços públicos; de compra e venda e compra e venda com alienação fiduciária, dentre outros.

Alguns contratos, como o de locação²⁰, incorporação imobiliária²¹, de prestação de serviços advocatícios²², os firmados com instituições financeiras e de transporte, possuem, além das normas gerais previstas no Código Civil, leis especiais que regulam o setor.

A aplicação, portanto, do CDC deve observar o diálogo não só com outras normas, quando este for possível, mas principalmente com os valores constitucionais, para assegurar a homogeneidade do sistema. As decisões judiciais que enfrentam esses casos difíceis precisam, através da fundamentação e da argumentação, sedimentar os princípios fluidos e abstratos presentes no ordenamento jurídico.

4 CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O jurista tem a difícil tarefa de interpretar, individualizar e aplicar as leis. Na seara das normas protetivas do consumidor, é preciso guiar-se por valores e princípios constitucionais, pelo espírito da lei.

¹⁹ O contrato de transporte possui uma peculiaridade, pois o Código Civil estabelece, no art. 732, uma exceção expressa em matéria de contrato de transporte, prevendo a subsidiariedade das leis especiais, o que afastaria a aplicação prioritária do CDC. Todavia, afastar a aplicação preferencial do CDC, norma de ordem pública e imperativa, seria violar o princípio constitucional de especial proteção do consumidor. Uma norma infraconstitucional não pode prevalecer frente ao direito fundamental do consumidor à proteção, o que constitui cláusula pétrea. (STJ, Resp. 552553 / RJ, Súmula 187 do STF)

²⁰ Ao contrato de locação, regulado pela Lei do Inquilinato, de acordo com a posição jurisprudencial majoritária (STJ REsp. 689266/SC), não se aplica o CDC. No entanto, há posição minoritária, defendida por Cláudia Marques, que aplica o CDC para locação, em regra, não comercial. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor...**, cit., nota 2, p. 361-362

²¹ Ao contrato de incorporação imobiliária, apesar de ser regido por legislação específica (4.591/64), aplicam-se as disposições do CDC. Neste sentido: STJ REsp. 299445/PR.

²² O contrato de prestação de serviços advocatícios é tratado como relação de consumo (STJ REsp. 364168/SE), muito embora a atividade seja regulada pelo Estatuto da OAB, sendo possível a convivência dessas duas fontes normativas, a despeito de haver jurisprudência em sentido contrário (STJ REsp. 539077 / MS).

A identificação da relação jurídica de consumo, que implica a aplicação da lei consumerista e de todos os benefícios por ela trazidos para o consumidor com o objetivo de reestabeler o equilíbrio da relação (inversão do ônus da prova, nulidade de cláusula abusiva, interpretação mais favorável do contrato, responsabilidade objetiva, foro privilegiado), deve ter como norte o art. 4º, I, do CDC, chamado por Eros Grau de “norma-objetivo”²³, norma que apresenta os fins perseguidos pelo sistema, pois consagra o princípio da vulnerabilidade (STJ REsp. 1080719-MG).

Os princípios têm basicamente quatro funções: i) normativa; ii) interpretativa, papel hermenêutico essencial guia para aplicação e interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais; iii) integrativa; e iv) limitativa. A interpretação deve-se dar a partir dos princípios, ou seja, deve-se buscar o alcance e sentido da norma que, *in casu*, é a tutela da parte vulnerável.

Mas o que significa vulnerável (conceito jurídico indeterminado) e quem será esse vulnerável? A vulnerabilidade resulta de uma debilidade, uma fraqueza, uma condição inferior em relação a outrem. O princípio da vulnerabilidade está relacionado com o da igualdade, é sub-princípio da igualdade, art. 5º, *caput*, da CF/88, uma igualdade substancial. A moderna concepção de igualdade extrai-se em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A própria lei faz um tratamento discriminatório, é a igualdade dentro da lei, pois ao conceder privilégios para os consumidores e deveres exclusivos para os fornecedores, é possível reequilibrar a relação de consumo.

O vulnerável que se pretende proteger e que encontra respaldo constitucional é a pessoa humana, eis que constitui fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e seu objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, igual. Por isso, essa vulnerabilidade é presumida.

No entanto, por opção legislativa, a pessoa jurídica também será objeto de proteção não pelos mesmos fundamentos da pessoa física, mas pela sua condição em concreto de vulnerável, devidamente comprovada, e, portanto, presente a necessidade de maior proteção a fim de permitir o equilíbrio da relação. Desta forma, pequenos empresários, determinadas sociedades, comerciantes, agricultores etc., podem ser vulneráveis e, em determinadas relações contratuais, ser considerados consumidores.

Por isso, o desafio do intérprete é saber diferenciar quem é comerciante civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da ca-

²³ GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor; algumas notas. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n. 5, p. 187-189, jan./mar. 1993.

deia de produção e de distribuição e quem retira o bem do mercado como destinatário final, quem é equiparado a este, seja porque se trata de uma coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou risco no mercado. O exercício é definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual ou extracontratual, o que vai definir o campo de aplicação do CDC, e a que relações ele se aplica.

Quando houver dúvida em relação à lei aplicável, uma vez presente a relação de consumo, a interpretação deve ser feita levando em consideração que o ordenamento é um sistema unitário, devendo haver aproximação progressiva das ferramentas de proteção da pessoa humana na vida civil.

O papel do conceito de sistema é traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. O sistema jurídico é, portanto, definido como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, ordem de valores, de conceitos teleológicos em que se buscam os valores fundamentais, a *ratio iuris*, e não a *mens legis* – teleológico – não no sentido estrito de pura conexão entre meios e fins, mas no sentido mais amplo, realização de escopos e valores.

O sistema é aberto e móvel, o que permite constantes modificações legislativas, novos princípios, valores, com regras e cláusulas gerais. A CF, ápice e guia de todo o direito, privado e público, é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil; ela é o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade.

Essa unidade axiológica da ordem civil-constitucional será mantida na medida em que garantir a dignidade da pessoa humana (consumidora ou não), a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais. É imprescindível, portanto, a adoção da metodologia civil-constitucional para a preservação do ordenamento como sistema aberto e unitário.

Por essas razões, para definir o campo de aplicação do CDC caberá ao intérprete ou aplicador da lei identificar e analisar as características e elementos que compõem o objeto a ser estudado, que compõem a lei a ser aplicada.

Logo, o que se pretende é garantir a tutela funcional do consumidor – reduzir situação de particular vulnerabilidade do consumidor, tutela mais ampla da personalidade, pois isso constitui cláusula pétrea, matéria de ordem pública interna (art. 5º, XXXII).

A proteção do consumidor como valor constitucionalmente fundamental será, portanto, o princípio limitador da autonomia da vontade dos

fortes em relação aos fracos ou vulneráveis, o que se dará com a aplicação das normas do sistema de forma coerente.

5 CONCLUSÃO

A definição de uma relação jurídica como de consumo e da correta aplicação do CDC frente à multiplicidade de fontes normativas deve ser enfrentada não por mera colocação topográfica da matéria, mas, sim, como um problema individualizado, levando-se em consideração os princípios e valores que regem o sistema.

A metodologia civil-constitucional é imprescindível para a preservação do ordenamento como sistema aberto e unitário. Por esta razão, a Constituição Federal e seus princípios são norteadores da defesa do consumidor, critério hermenêutico para solução de eventuais conflitos existentes quanto à definição e aplicação do CDC às relações de intersubjetivas.

Na correta visão de Pietro Perlingieri, a condição de consumidor está ligada às circunstâncias concretas e às efetivas modalidades de contratação; o consumidor não é um *status*, mas uma posição contratual a ser individualizada e averiguada em cada situação. O sujeito pode assumir diversos papéis, ora como consumidor, ora como produtor ou empresário em condições de dependência econômica ou tecnológica. E, quando houver patente desequilíbrio contratual, deverá haver a tutela da parte vulnerável. A noção de consumidor, portanto, varia, e para defini-lo, o jurista precisa ter por base o sistema.

O consumidor, acima de tudo, é uma pessoa tutelada em razão de sua dignidade humana (CF/88, art. 1º, III, c.c. art. 5º, XXXII), e conexas a essa importância há a ideia de mercado, de garantia da ordem econômica (art. 170, III, da CF/88). Os princípios conformadores da ordem econômica estão vinculados à dignidade da pessoa humana, e a função de ordenação do mercado se dá a partir do interesse do consumidor.

A presunção de vulnerabilidade da pessoa física não afasta a proteção de determinados profissionais liberais, artesãos, pequenos empresários, empresários agrícolas, empresas familiares, pessoas jurídicas expostas às práticas comerciais abusivas, às ofertas e publicidades, enquadrando-as no conceito de consumidor, em estrita observância do princípio da igualdade substancial, do qual se ramifica o da vulnerabilidade.

Os fundamentos e a extensão dos institutos jurídicos, especialmente civilísticos, devem estar pautados nos seus perfis funcionais. Assim, por

meio da teoria da interpretação, é possível individualizar o sentido do CDC e determinar o seu campo de aplicação diante dos fatos concretos.

A multiplicidade de fontes normativas (materiais – decorrentes de diversos grupos dentro da mesma sociedade com valores diferentes; e formais – leis, decretos, resoluções etc.), a complexidade do sistema e os valores e princípios que o orientam demonstram a insuficiência dos critérios tradicionais de interpretação, mormente da técnica da subsunção, que é limitada.

Por essas razões, cabe ao jurista a tarefa de se afastar das suas pré-compreensões e alcançar os dados concretos do problema, isto é, a sua *ratio iuris*. Desse modo, quando identificar a existência de uma relação de consumo, deve justificar, de forma fundamentada, a aplicação da lei consumerista, podendo valer-se da teoria da argumentação de forma a dar legitimidade à decisão, permitindo, inclusive, maior controle jurisdicional.

6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira. Os direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 1982.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, n. 29, p. 1-11, maio/ago. 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, RT, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. *et al.* **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 2. ed., rev. e ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da vulnerabilidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- CARPENA, Heloísa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CASTRO, Flávia Viveiros de. **Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.
- DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DOTTI, René Ariel (Coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual dos direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.
- GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 87, n. 747, p. 35- 55, jan. 1998.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 5, p. 183-189, jan./mar. 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989.
- LIRA, Ricardo Pereira. A Onerosidade Excessiva Observada nos Contratos. In: **Revista de Direito Administrativo**. n. 159, p. 10-19, jan./mar. 1985.
- LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação**, autor. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74, aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 e 2004.
- _____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In: **Revista Direito do Consumidor**, n. 35, p. 62-96, jul./set. 2000.
- _____. *et al.* **Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos: ADIn 2.591**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: **Revista Direito do Consumidor**, n. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.
- _____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. In: **Revista Direito do Consumidor**, n. 57, p. 11 e ss., jan./mar. 2006.

_____. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários”. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn 2591. *In: Revista Direito do Consumidor*, n. 68, a. 17, p. 323-369, out./dez. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5, t. 1.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. BODIN de MORAES, Maria Celina. A Causa dos Contratos. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 21, p. 95-119, 2005.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor como Direito Fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 43, p. 111-133, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*. n. 37, p. 77-91, jan./mar. 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 43, p. 96-110, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis de Direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÊGO, Lúcia. **A tutela administrativa do consumidor**: regulamentação estadual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REQUIÃO, Rubens. Abuso e Fraude através da Personalidade Jurídica. *In: Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro, RT, n. 803, p. 757 e ss., 2002.

RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. **O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação do imóvel urbano**: direito e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. **Teoria contratual pós-moderna**: as redes contratuais na sociedade de consumo. Curitiba: Juruá, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *In: Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, n. 56, p. 9-11, out./dez. 2005.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *In: Revista de direito do Estado: RDE*, n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007.

_____. Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. **Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. 4, n. 17, p. 223-235, out./dez. 2005.

_____. *et al.* **Diálogos sobre direito civil**. Imprensa. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. (Coord.) O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In: Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1 e ss.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil, v. X**: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte, coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *In: Revista do Consumidor*. n. 26, p. 83-95, abr./jun. 1998.

_____. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, n. 30, p. 53-77, abr./jun. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código Civil e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor 45*, São Paulo, RT, p. 172-191, jan./mar. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Aspectos processuais do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *In: Revista dos Tribunais*, 666/13-17.