

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

STEPHEN KLAUS WESTPHAL

**A COBRANÇA INDEVIDA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DA
SANÇÃO PREVISTA EM PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DA LEI Nº. 8.078/90 À
LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA.**

Florianópolis

2013

STEPHEN KLAUS WESTPHAL

A COBRANÇA INDEVIDA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DA
SANÇÃO PREVISTA EM PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DA LEI Nº. 8.078/90 À
LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA.

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis

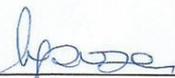
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

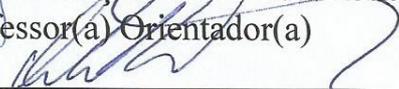
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A cobrança indevida nas relações de consumo: uma análise da sanção prevista em parágrafo único do art. 42 da Lei nº 8.078/90 à luz da boa-fé objetiva**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Stephen Klaus Westphal**, defendida em **06/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e cinco), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

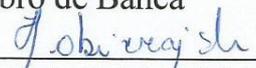
Florianópolis, 6 de dezembro de 2013.



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Orlando Celso da Silva Neto
Membro de Banca



Heloisa Maria Sobierajski
Membro de Banca

Dedico este trabalho àqueles que me serviram de inflexível espeque para tornar meus dias melhores no decorrer desta importante etapa de minha vida: meus amigos, minha família e minha namorada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal e intelectual – motivo por que pude traçar planos para então alcançar e finalizar objetivos, transformando-se, passo a passo, os sonhos em realidade –, dos quais dedico eterno agradecimento:

Aos meus pais: Norberto Carlos Westphal, por sempre garantir boas condições de estudos a mim e meus irmãos; e a Beatriz Pacheco Westphal, amada mãe que, sempre presente, jamais deixou de acreditar e investir no progresso dos seus filhos.

Ao meu irmão, Ronny Albert Westphal, por desde sempre me ser fonte de inspiração e perseverança, tanto para os estudos como para a vida.

À carismática e douta Prof.^a Dr.^a Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, pelas fundamentais orientações à elaboração da apresentada pesquisa desenvolvida no ambiente acadêmico, bem como por suas extraordinárias lições em disciplina de Direito Civil e do Consumidor. Sinto-me honrado pela oportunidade de ter sido seu aluno e orientando.

Ao erudito corpo docente firmado pelo Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, com destaque ao insigne Prof. Dr. Samuel da Silva Mattos, pelas fantásticas exposições e promoção do melhor debate político, jurídico e filosófico; bem como ao Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo, pelo carinho e exemplar competência com que dirige o Centro de Ciências Jurídicas.

A todos os colegas de turma, sem exceções, com os quais tive a inenarrável alegria de conviver no decorrer desta meia década de graduação, dos quais não posso deixar de destacar: Maurício Pereira Cabral, grande amigo e modelo de determinação; Alesandro Jorge Pickcius, uma verdadeira enciclopédia humana, com quem pude discutir as mazelas da justiça e da política; Rodrigo Lino Nunc-Nfônro, por demonstrar que nada precisa ser tão complexo quanto parece ser; e Vanessa da Rosa, por sua competência para sempre apresentar soluções a quaisquer problemas, como uma legítima líder de turma.

Ao amigo de infância e grande psicólogo, Ernesto Grankow Oviedo Alvarado, pelas delongadas reflexões sobre *psicanálise*, *sociologia* e *existencialismo*.

Ao Centro Acadêmico XI de Fevereiro-CAXIF, pela amplitude de temas trazidos à discussão em meio acadêmico, fundamentais como impulso às pesquisas em meio jurídico e ao desenvolvimento da melhor crítica científica.

Finalmente, meus agradecimentos à gloriosa Universidade Federal de Santa Catarina, por proporcionar os meios necessários à conclusão da presente pesquisa.

“[...] não pode valer a pena cobrar indevidamente do mais fraco, do vulnerável, baseando-se em cláusula que ‘eu mesmo redijo e imponho ao cliente’.”

Claudia Lima Marques

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso se propõe a analisar e esmiuçar a temática da tão comum prática de cobrança indevida em relações de consumo; valendo-se, para tanto, da égide de diretrizes da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, além dos primordiais princípios responsáveis por garantir o melhor equilíbrio e a proteção contratual de natureza consumerista. Promoveu-se a discussão a respeito de se caracterizar o engano justificável ou não quando presente conduta dolosa ou culposa por parte dos atores no contrato de consumo, na qual se usou de referenciais teóricos para, por meio da dedução, se possibilitar demonstrar, na presente pesquisa, que a aplicabilidade da sanção prevista em art. 42 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor prescinde de qualquer constatação de culpa ou má-fé na conduta do fornecedor de produtos e serviços, motivo por que somente se deve considerar como engano justificável a cobrança indevida decorrente de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe. No desenvolvimento dos objetivos da pesquisa, concluiu-se que a aplicabilidade da referida sanção civil pode se ter caracterizada como espécie de *Punitive Damages* incorporada ao direito brasileiro, uma vez que se evidenciou seu caráter pedagógico punitivo, constituindo-se em excelente ferramenta de defesa do consumidor, em perfeita conformidade com os princípios da ordem econômica estatal, preestabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Conceituação de consumidor. Boa-fé objetiva. Deveres anexos. Cobrança indevida em relações de consumo. Engano justificável. Ordem econômica. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sanção civil. *Punitive Damages*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEU PAPEL NA ORDEM ECONÔMICA ESTATAL.....	12
1.1 Histórico da criação do Código consumerista	12
1.2 Conceituação de consumidor.....	19
1.2.1 Conceito de consumidor sob a ótica da hipossuficiência	22
1.2.2 O conceito de consumidor frente ao princípio da vulnerabilidade.....	24
1.3 Reflexões acerca da defesa do consumidor na ordem econômica.....	26
1.3.1 Ordem econômica na Constituição Federal de 1988.....	26
1.3.2 Princípio de defesa do consumidor e a ordem econômica.....	29
2 O DEVER DE DILIGÊNCIA COMO PROTEÇÃO CONTRATUAL E PÓS- CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	34
2.1 O princípio da boa-fé.....	34
2.1.1 Análise jurídica da boa-fé.....	34
2.1.2 Fundamentação legal da boa fé na Lei nº. 8.078/90 e suas funções.....	37
2.2 Deveres anexos vinculantes das partes nas relações contratuais consumeristas	41
2.2.1 O dever anexo de confiança.....	42
2.2.2 O dever anexo de cooperação.....	43
2.2.3 O dever anexo de cuidado	44
2.2.4 O dever anexo de transparência.....	45
2.3 Proteção do consumidor na fase pós-contratual da relação de consumo.....	46
3 REFLEXÕES ACERCA DA COBRANÇA INDEVIDA PROVENIENTE DE RELAÇÃO DE CONSUMO.....	51
3.1 Análise da cobrança indevida à luz do dever anexo de cuidado e sua configuração ...	51

3.2	Excludente de responsabilidade: quando a cobrança indevida ocorre por engano justificável	57
3.3	A penalização prevista em Parágrafo Único do Art. 42 da Lei nº. 8.078/90.....	61
3.3.1	Reflexões acerca da responsabilização pela cobrança indevida diante da (in)existência de má-fé ou culpa na conduta do credor	61
3.3.2	A sanção da cobrança indevida como modalidade de <i>Punitive Damages</i>	67
	CONCLUSÃO	72
	REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Com a presente pesquisa, expor-se-á a respeito da defesa do consumidor e a lesiva prática de cobrança indevida perante os preceitos da boa-fé objetiva e demais princípios correlatos, atinentes às relações contratuais de natureza consumerista.

Explorar-se-á a aplicabilidade e o caráter jurídico da norma protetiva prevista em parágrafo único do art. 42, da Lei N. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), bem como se tratará das possíveis consequências à constitucional ordem econômica estatal.

Para tanto, buscar-se-á a melhor solução possível à seguinte problematização: na cobrança indevida proveniente das relações de consumo, à luz da boa-fé objetiva, tem-se como razoável a justificativa do engano quando ocorrido com ausência de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor de produto ou serviço?

Dito isso, através do método científico dedutivo, concomitantemente ao uso de referenciais teóricos, objetivar-se-á promover a discussão a respeito das particularidades da cobrança indevida na esfera consumerista. A respeito desta, questionar-se-á até que ponto se deve considerar benéfico ao consumidor a (des)necessidade de se demonstrar a presença de conduta dolosa ou culposa por parte do fornecedor de produtos e serviços, em análise conjunta à boa-fé objetiva e demais deveres anexos, para, então, se ter caracterizado ou não o seu *engano justificável*.

Trabalhar-se-á, principalmente, com as hipóteses pelas quais se considera que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi criado com a visão de deixar claros os deveres e obrigações de cada ator no processo denominado consumo, perfilando-se o importante princípio da boa-fé objetiva para toda a sistemática protetiva do Código, vez que a defesa do consumidor desempenha fundamental papel como garantia de manutenção e desenvolvimento da ordem econômica do Estado.

Justifica-se a presente pesquisa pelo fato de que, observando-se a aplicação da norma sancionatória da cobrança indevida em contrato de consumo, há marcante prevalência da concepção subjetiva na jurisprudência, onde, em analogia ao que ocorre na sistemática civilista, se vem exigindo a evidenciação de má-fé ou culpa na conduta do fornecedor.

Conforme se explanará no desenvolvimento da pesquisa, faz-se importante a crítica a esse entendimento, pelo qual se leva em conta a análise subjetivista da conduta do fornecedor de produto ou serviço, a pretexto de se evitar possível enriquecimento sem causa do consumidor e a banalização da referida sanção do Código consumerista.

Assim, a novidade da pesquisa reside na propositura da reflexão sobre a necessidade de se desconsiderar a existência ou não de má fé ou culpa na conduta do fornecedor que exerce cobrança indevida contra o vulnerável consumidor, ao passo em que se objetivará fomentar a defesa do consumidor consolidada como um sistema forte, inflexível quanto a alterações interpretativas em desfavor do consumidor, autossuficiente para manter o equilíbrio das relações contratuais entre fornecedor e consumidor frente aos atuais ditames dos superdesenvolvidos meios de produção e globalização.

A fim de se atingir o objetivo almejado, optou-se pela divisão desta pesquisa em três capítulos, a partir dos quais se buscará expor as seguintes temáticas:

No primeiro capítulo, buscar-se-á trabalhar o papel do Código de Proteção e Defesa do Consumidor frente à ordem econômica estatal, explorando-se o histórico da criação do Código e a conceituação de consumidor frente aos princípios da hipossuficiência e vulnerabilidade, para, após, se explanar acerca da defesa do consumidor em consonância à ordem econômica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com o segundo capítulo, far-se-á uma exposição sobre o dever de diligência, imposto ao fornecedor de produtos e serviços, como proteção contratual e pós-contratual nas relações de consumo, do que se destacará o princípio da boa-fé objetiva e seus provenientes deveres anexos, vinculantes das partes nas relações contratuais consumeristas, bem como a importância da extensão da defesa do consumidor também à fase pós-contratual.

Já no terceiro e último capítulo, valer-se-á de todas as exposições consideradas nos capítulos antecessores para, a partir de então, se trabalhar a aplicabilidade da sanção civil prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no qual se poderá extrair resposta ao problema abordado na presente pesquisa.

1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEU PAPEL NA ORDEM ECONÔMICA ESTATAL

1.1 Histórico da criação do Código consumerista

O século XX, por assim dizer, é considerado o século dos clamados novos direitos, uma vez que foi neste período que floresceram, a partir do velho tronco da legislação Civil, novos ramos do direito considerados indispensáveis à satisfação das necessidades urgentes advindas do incansável desenvolvimento da sociedade moderna, movimentada pelas constantes metamorfoses de princípios e interesses decorrentes do ilimitado desenvolvimento tecnológico e científico daquele século.

Ante a insuficiência do direito civilista para tratar das mais variadas questões jurídicas relacionadas à pessoa humana, bem como da sua interação com o meio, as grandes nações passaram a melhor valorizar os estudos e desenvolvimento das insurgentes ramificações específicas do direito, tais quais os direitos humanos, o direito ambiental, o biodireito, o direito da comunicação e diversos outros mais.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 2):

[...] o arcabouço jurídico até então existente não acompanhou tais transformações. Ultrapassado, não tardou resultar um enorme descompasso entre o fato social e o jurídico. E o direito que não é consentâneo e conexo com a sociedade que lhe incumbe regular é mera abstração, sem interesse concreto e, portanto de nada servirá. Ihering positivava em afirmar que ao direito “não lhe basta uma ‘pretensão normativa’, é preciso que se lhe dê ‘efetividade social’”. Este o papel que vieram cumprir os chamados novos direitos.

Assim, como não podia deixar de ser, eis que nasceram, somando-se aos novos direitos, as primeiras comoções sociais em prol do planejamento, sistematização e defesa concreta das relações consumeristas.

Neste ínterim, objetivando-se a garantia da inserção dos contratos de consumo num sistema equilibrado, diversas nações, inclusive a brasileira, passaram a balizar a defesa do consumidor atribuindo-a o status de direitos fundamentais, cabendo ao Estado o dever de garantir a liberdade de o consumidor poder então sentir-se seguro do fiel cumprimento das relações contratuais, bem como a certeza de ser amplamente assistido quando vitimado por razões advindas desta relação consumerista, consoante os ditames da responsabilidade civil.

Segundo informações de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 6, grifos no original):

Merece destaque, a seguir, a atuação da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas que, em sua 29ª sessão (Genebra, 1973), reconheceu direitos básicos ao consumidor, tais como à segurança, à integridade física, à intimidade, à honra, à informação e o respeito à dignidade humana dos consumidores. Nesse mesmo ano (17/5/1973), a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, pela Resolução nº 543, elaborou a **Carta de Proteção do Consumidor**, na qual foram traçadas as diretrizes básicas para a prevenção e a reparação dos danos aos consumidores. Essa Carta, por sua vez, serviu de base para a **Resolução do Conselho da Comunidade Europeia**, de 15/4/1975, que dividiu os direitos dos consumidores em cinco categorias: (a) direito à proteção da saúde e da segurança; (b) direito à proteção dos interesses econômicos; (c) direito à reparação dos prejuízos; (d) direito à informação e à educação; (e) direito à representação (direito de ser ouvido).

Ainda, complementa o autor:

Em abril de 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas, após dois anos de negociações com o conselho Social Econômico, adotou por consenso, através da **Resolução 39/248**, uma série de normas internacionais para proteção do consumidor. Essas normas tinham por finalidade oferecer diretrizes para países, especialmente aqueles em desenvolvimento, a fim de que as utilizassem na elaboração ou aperfeiçoamento das normas e legislações de proteção ao consumidor, bem assim encorajar a cooperação internacional na matéria, ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa dos consumidores (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 6, grifos no original)

Com o advento da Revolução Industrial, em período posterior ao século XVIII, deu-se o principal divisor histórico das relações de consumo em ordem global. Deste momento histórico, sucedeu-se que o surgimento e a utilização das máquinas industriais tornaram possível o aumento irreversível da produtividade empresarial, dando-se a substancial diminuição dos preços de mercado, com o conseqüente aumento das relações mercantis e do consumo em nível mundial.

Neste período,

ocorreu um enorme aumento da produtividade, em função da utilização dos equipamentos mecânicos, da energia a vapor e, posteriormente, da eletricidade. A relação homem-trabalho desenvolveu-se. Com a aplicação da força motriz às máquinas fabris, a mecanização se difunde na indústria têxtil e na mineração, passando as fábricas a produzir em série, surgindo então a indústria pesada (aço e máquinas). A invenção dos navios e locomotivas acelera a circulação de mercadorias. Percebe-se, com isso, que o desenvolvimento das relações comerciais é latente. A estruturação e expansão comercial foram fatores de ímpar relevância para a caracterização das relações jurídicas comerciais (hoje de consumo) (HOLTHAUSEN, 2006, p. 46).

A partir de então, os ideais iluministas ganharam acentuada força e deram origem ao modelo de Estado Liberal, onde predominava o princípio do *laissez-faire*, no qual se acreditava que o próprio mercado se regularia, sem necessitar qualquer intervenção estatal, enquanto o adquirente de mercadorias (consumidor), dada sua suposta consciência e liberdade

de escolha, procuraria apenas os produtos da melhor qualidade possível, o que por si só possibilitaria a evolução do mercado capitalista.

Assim,

A partir dos anos 60 e 70, em seguida à Segunda Grande Guerra e à deflagração da revolução tecnológica, o consumidor despontou definitivamente em importância assumindo posição que muitos reconhecem como hegemônica, calcada nos novos valores expressos em direito à manutenção de melhor qualidade de vida, de garantia de emprego e ganho suficiente às suas necessidades, de maior participação na distribuição da renda, de presença e participação decisional em igualdade de condições com as demais categorias na política de consumo traçada pelos órgãos políticos e administrativos (ALBINO DE SOUZA, 1994, pp.459-460).

Tendo-se instituído um sistema de produção e mercado, cujo início se dava na produção e o final no consumo, Marx magistralmente conseguiu observar a cadeia de produção, seguida da distribuição, da troca e do consumo, pela seguinte forma:

[...] na produção, os membros da sociedade apropriam-se dos produtos da natureza para as necessidades humanas; a distribuição determina a proporção em que o indivíduo participa dessa produção; a troca fornece-lhe os produtos particulares nos quais quer converter o quantum que lhe correspondera pela distribuição; finalmente, no consumo, os produtos convertem-se em objetos de gozo, de apropriação individual. A produção dá os objetos que correspondem às necessidades; a distribuição, os reparte de acordo com as leis sociais; a troca reparte de novo o que já está distribuído segundo a necessidade individual; e, finalmente, no consumo, o produto desaparece do movimento social, convertendo-se diretamente em objeto e servidor da necessidade individual e satisfazendo-a com o desfrute. A produção aparece assim como o ponto inicial; o consumo, como ponto final; a distribuição e a troca aparecem como o centro, que por isso mesmo é dúplice, já que a distribuição é determinada como momento que emana da sociedade, e a troca como momento que emana dos indivíduos. Na produção, o sujeito objetiva-se; no (consumo), o objeto subjetiva-se; na distribuição, a sociedade, sob a forma de disposições gerais decisivas, encarrega-se da mediação entre a produção e o consumo; na troca, essa mediação realiza-se pelo indivíduo determinado fortuitamente (MARX, 2008, pp. 244-245).

Dado o exponencial crescimento populacional dos últimos séculos, associado ao imparável desenvolvimento tecnológico, observou-se o surgimento, pelo mundo todo, de grupos de cidadãos em massa compelidos pelos constantes incentivos ao consumismo exacerbado, o que, por evidente, não tardou por refletir inevitáveis problemas de ordem socioeconômica a serem remediados.

Posto isso, diferentes nações se depararam com a carência de amparo legal suficiente para assegurar a proteção afirmativa dos consumidores. Nesta monta, à custa do vulnerável consumidor, floresceram práticas abusivas de toda ordem, as quais, não raro, ante a falta de normas específicas, conferiam ao polo mais frágil das relações de consumo tão somente o poder de observá-las atônitos, como se a balança do direito incessantemente

pendesse em seu desfavor, no que se referia aos prejuízos provenientes das atividades consumerista.

Assim, ao final do século XIX e início do século XX, nos países em franco desenvolvimento industrial, tais qual França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, surgiram os primeiros movimentos ditos pró-consumidor. Tais movimentos se deram uma vez que a conscientização a respeito da importância do consumidor como um dos elos da corrente, que, em sentido figurado, garante a harmônica manutenção da ordem econômica, não só era inevitável como impunha a tomada de medidas protetivas efetivas como forma de assegurar a manutenção deste grupo.

Nesse período, segundo os ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza (1994, p. 460)

Multiplicam-se em todos os países as legislações consentâneas com a nova realidade e definem maior ou menor intensidade participativa e protetora do consumidor contra a sua inferioridade econômica, especialmente a partir das resoluções e recomendações geradas nos organismos internacionais de maior prestígio, a exemplo da Organização das Nações Unidas e da Comunidade Econômica Européia, e incorporadas em documentos destinados aos países membros como inspiradores das respectivas legislações nacionais.

Consequentemente, tornou-se possível a visualização do homem por meio do viés economicista defendido pelo filósofo economicista Adam Smith, onde o consumidor seria considerado o soberano “rei” do mercado, cuja liberdade de escolha e manifestação de vontades decidiria sua compra ou recusa de compra de determinado produto ou serviço.

Nesse sentido:

Na noção básica da visão de Adam Smith, e daí em toda a economia moderna, seria possível uma visão econômica do homem (o *homo economicus*). A economia criou também a figura ilusória de que este ser livre e racional, que seria o consumidor, ao realizar seus desejos no mercado, seria ele, consumidor, o “rei” do mercado, aquele cuja vontade decidiria soberanamente a compra ou a recusa de compra de um produto (MARQUES, 2007, p. 35, *apud* MANSTETTEN, 2004, p. 268 e ss).

Tal idealização do consumidor “rei” do mercado tão logo se evidenciou falaciosa e impertinente para com as realidades do mercado cada vez mais globalizado e guiado pelo capitalista selvagem, onde a evolução dos conceitos de *marketing*, juntando-se aos efeitos da publicidade e da moda, dispensa maiores digressões concernentes ao inquestionável e substancial poder de manipulação que tais ferramentas do mercado exercem sobre a manifestação de vontades e desejos do ser humano como consumidor.

Ante os constantes bombardeios ideológicos de incentivo ao consumo, uma vez que a produção industrial e o comércio se firmavam cada vez mais agressivos e

organizados, sobrepondo-se à crescente fragilidade do consumidor, eis que a defesa desta classe tornou-se imperial à manutenção da economia.

Destarte, em que pese sua ocorrência de forma tardia, a partir da década de 60 se concretizou o reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos específicos, os quais devem ser amplamente tutelados pelo Estado.

Quando se trata do histórico de desenvolvimento da defesa e proteção dos direitos do consumidor, é fundamental se apontar, como marco inicial, John Fitzgerald Kennedy, 35º presidente dos Estados Unidos (1961–1963), que, sob a presidência da então maior potência do mundo capitalista após a Segunda Guerra Mundial, encaminhou a famosa Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção dos Interesses dos Consumidores (*Special Message to the Congress on Protecting Consumer Interest*), na qual observou o seguinte:

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. Dois terços de todos os gastos na economia são pelos consumidores. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.¹

Pela primeira vez oficialmente se ouviu dizer o óbvio: para toda cadeia econômica, representam os consumidores um dos grupos mais importantes da máquina estatal, expressivo por sua imbatível maioria, pois todo e qualquer cidadão, necessariamente, é ou tornar-se-á consumidor em meio social; logo, capaz de influenciar de forma direta todo o desenvolvimento de uma nação, motivo por que, em face da sua inegável fragilidade, esse grupo carece de essencial atenção e o máximo da proteção estatal.

Ante o exposto, iniciando-se pelos países de considerável ascensão industrial, criaram-se as primeiras legislações consumeristas, das quais:

[...] merecem lembrança as seguintes leis francesas: (a) Lei de 22/12/1972 que permitia aos consumidores um período de sete dias para refletir sobre a empresa; (b) Lei de 27/12/1973 – Loi Royer, que em seu art. 44 dispunha sobre a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa; (c) Leis nos 78, 22 e 23 (Loi Scrivener), de 10/1/1987, que protegiam os consumidores contra os perigos do crédito e cláusulas abusivas.

Destaque especial merece o Códice de la Cosummation, regularizado por um decreto em 1995 após extenso processo legislativo (CAVALIERI FILHO, 2011, pp. 06-07).

¹ KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message to the Congress on Protecting Consumer Interest. Discurso datado de 15 de março de 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>, tradução livre. (Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.) Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 18 de agosto de 2013.

Em território brasileiro, os meios de defesa e proteção do consumidor não só começaram tardiamente como se deram de forma tímida. Pra se ter ideia, a questão da defesa do consumidor começou a ser discutida, abertamente, tão somente “[...] nos primórdios dos anos 70, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 07).

Durante a segunda metade da década de 80 – dada a problemática econômica surgida pela implantação do Plano Cruzado – ocorreu o efetivo despertar do brasileiro à luta por seus direitos. Entrementes, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988², finalmente, deixou-se claro o dever do Estado em promover a efetiva defesa do consumidor como direito fundamental, declarando-se tal imposição por meio do seu art. 5º, inciso XXXII, ao dispor que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Outrossim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT, instituiu-se a determinação da urgente criação de um Código voltado à finalidade de tutelar o consumidor, expondo-se em art. 48 os seguintes termos: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

Posto o imperativo constitucional, ao início da década de 90 foi criado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro, Lei N. 8.078, de 11 de setembro de 1990³, firmando-se assim o início de uma grande vitória e verdadeira revolução no direito pátrio, permitindo-se dizer que:

o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990 -, provocou uma grande revolução no sistema do direito Brasileiro, principalmente no ramo do direito privado. Mais do que um Código que vem garantir os direitos dos consumidores, o CDC foi concebido para ser um verdadeiro Código de cidadania, visto que institui instrumentos capazes de firmar o cidadão, independentemente de sua classe social, nível cultural, financeiro e intelectual, em posição de igualdade na relação de consumo (KARKOTLI, 2008, p.23).

Contudo, cumpre salientar o fato de o CDC ter recebido tal denominação de código tão somente no intuito de gerar maior impacto semântico, para que então pudesse efetivamente ser aplicado como um substitutivo ao Código Civil de 1916⁴, ainda vigente à

² Usar-se-á, no decorrer da presente pesquisa, “Constituição Federal de 1988” como expressão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³ Usar-se-á, no decorrer da presente pesquisa, a sigla “CDC” como expressão da Lei N. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁴ Usar-se-á, no decorrer da presente pesquisa, “CC de 1916” como expressão da Lei N. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

época da sua promulgação, ou seja, tal medida se justificou para se possibilitar conferir ao CDC o status de lei geral, evitando-se, desta forma, o flagrante descompasso existente entre o anterior CC de 1916, a Constituição Federal de 1988 e a referida lei consumerista.

Por evidente, em essência, o CDC é uma lei especial, pois, no que se refere aos sujeitos, se aplica tão só aos consumidores e fornecedores, quando em suas relações contratuais, conforme se pode extrair em destaque ao voto do Ministro Cezar Peluso:

Com efeito, o Código do Consumidor tem por escopo, não reger determinada **matéria**, mas proteger certa categoria de **sujeito**, ainda que também protegido por outros regimes jurídicos (art. 7º). Daí, seu caráter especialíssimo. Enquanto as normas que compõem o chamado direito aeronáutico são especiais por força da modalidade de prestação de serviço, o Código é especial em razão do sujeito tutelado. E, como advém logo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, há de, em caso de conflito aparente de normas, preponderar o sistema direto protetivo da pessoa em dano do regime jurídico do serviço ou do produto (STF. RE 351.750-3/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Carlos Ayres Britto, DJe nº 181 de 25.09.2009, grifos no original).

Conforme já se destacou anteriormente, todo o processo de ampliação da produção industrial, do incentivo consumo exacerbado e da conseqüente contratação em massa deixou o consumidor em consideráveis desvantagens, pois, conforme leciona Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 7), “[...] à medida que o fornecedor se fortaleceu técnica e economicamente, o consumidor teve o seu poder de escolha enfraquecido, praticamente eliminado”.

Contudo, em que pesem as fundamentais imposições surgidas com a promulgação da atual Constituição Federal e a criação do CDC, ainda hoje, lamentavelmente, o consumidor se encontra exposto aos desrespeitos contratuais e às artimanhas da economia de mercado, a qual se tem impulsionada pelo constante capitalismo selvagem.

Assim sendo, tem-se que as razões pelas quais se dá o dever de tutela estatal para com os consumidores são óbvias, em especial pelo fato de o consumidor ser parte indissociável à perpetuação e evolução da economia de todo e qualquer Estado capitalista. A partir desta ideia, salienta-se aqui a célebre frase proferida por Henry Ford: “O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”.

Dito isso, cumpre tratar dos ditames doutrinários e legais a respeito da conceituação de consumidor, conforme se demonstrará no subcapítulo seguinte.

1.2 Conceituação de consumidor

Uma vez consolidada a ideia da necessidade de o Estado conferir especial atenção à classe consumerista – ante o inequívoco desequilíbrio na relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor –, surgiu a necessidade de se determinar a conceituação desse novo grupo a ser tutelado por norma de cunho especial.

Assim, sob a luz da Sociologia, conceituou-se consumidor como qualquer indivíduo que frui bens e serviços, pertencente a uma determinada categoria ou classe social, ou mesmo enquadrando-se em certa faixa de rendimentos.

Ainda no campo da Sociologia, pode-se extrair desta ciência uma análise da conceituação de consumidor por diversos ângulos, ou seja,

Os sociólogos analisam o consumidor de acordo com suas escolhas, seu comportamento, seu nível cultural ou, ainda mais amplamente, de acordo com as variações de país a país, em termos internacionais. Constatam, enfim, que a sua conceituação não é uma tarefa das mais fáceis, podendo, por vezes, o ato de aquisição encontrar-se unido ao ato de consumo, e noutras vezes, o comprador não se identificando ao consumidor (DONATO, 1994, p. 44).

Conforme se pode observar, a visão sociológica de consumidor ocorre mediante a categorização deste sujeito através da análise de dados estatísticos, geográficos ou históricos.

Todavia, em termos de aplicabilidade jurídica, que melhor interessa ao presente estudo, o conceito sociológico oferece pouquíssima valia ao direito.

Posto isso, considera-se que, para a ciência jurídica,

[...] o estudo do “consumidor” possui basicamente dois escopos: um, que considera o consumidor enquanto categoria, e por isso merecedor da tutela jurídica; e o outro, que considera o seu microorganismo, ou seja, o consumidor enquanto um dos participantes de uma relação jurídica de consumo.

Dessa maneira, em sua macroacepção, o estudo na ciência jurídica estará dirigido para a análise do consumidor em sua amplitude mor: enquanto categoria social que tem direito à saúde, à informação, à segurança, à proteção contra a publicidade enganosa etc.

O consumidor, considerado como microorganismo dessa mesma categoria, é estudado pela ciência do direito como um dos participantes da relação jurídica de consumo que, visando precipuamente a circulação daqueles bens protegidos à categoria, quer através de contratos ou outras espécies de relações jurídicas, tem nele o seu endereço final (DONATO, 1994, p. 44).

A importância de se delimitar o conceito de consumidor reside no fato pelo qual somente a partir do momento em que se dá a definição desse sujeito de direito se torna

possível estabelecer uma dimensão do grupo a ser tutelado e então, por consequência, se poder fixar as limitações de aplicabilidade do direito especial.

Assim, a partir da análise do CDC, podem-se observar quatro diferentes dispositivos responsáveis por conferir a definição legal de consumidor como sujeito a ser tutelado, salientando-se suas diferentes modalidades: (i) no artigo 2º, onde se descreve como “[...] toda pessoa física⁵ ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”; (ii) no parágrafo único do artigo 2º, onde se equipara ao consumidor “[...] a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”; (iii) no artigo 17, o qual equipara aos consumidores todas as vítimas decorrentes de acidentes relacionados a fato do produto e/ou do serviço; e (iv) no artigo 29, que também equipara aos consumidores todas as pessoas, sejam elas determináveis ou não, que estejam expostas às práticas comerciais observadas nos *capítulos V e VI, do Título I, do Código*.

Resta claro que o conceito de consumidor transcende a ideia de definição sob uma ótica individualista, na qual seria tratado unicamente como sujeito de direitos individuais, pois os valores de defesa do consumidor também devem ser observados sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo. Ou seja, valendo-se aqui novamente da célebre frase de Henry Ford, em poucas linhas, significa afirmar que o consumidor, tratado como elo fundamental da cadeia produtiva, dentro do ciclo da Ordem Econômica, não se vê protegido apenas por normas destinadas a sujeitos de direitos individuais. Muito além da tutela individualista, para fins legais, o Código estendeu o conceito de consumidor também para aplicá-lo a uma coletividade de pessoas, equiparando esta a aquele, ainda que se venha a tratar de grupo de sujeitos indetermináveis.

Faz-se imprescindível destacar, ainda, o fato de a conceituação legal de consumidor não se restringir apenas à pessoa física, tendo em vista que o CDC deixou expressa, em seu artigo 2º, a extensão do conceito para também incluir as pessoas jurídicas, sempre que estas se encontrarem caracterizadas como destinatárias finais do produto, ou do serviço; matéria disposta de forma explícita em nosso Código para salvaguardar a aplicabilidade da norma e evitar quaisquer dúvidas e questionamentos a partir dela levantados.

Desta forma, quando presentes os sujeitos da relação de consumo (fornecedor de produtos ou serviços, de um lado, como credor; e consumidor, do outro, como destinatário final e devedor), tem-se representada a relação de consumo. Contudo, é

⁵ Atualmente, com o advento do CC de 2002, no *Livro I, Título I*, onde se usou a forma “*Das Pessoas Naturais*”, considera-se descabido o uso da expressão “*Pessoa Física*”.

importante ressaltar que tal relação de consumo independe do fato de o consumidor estar adquirindo um produto ou um serviço, vez que ela se caracteriza tão só com base na existência dos sujeitos da respectiva relação contratual, motivo pelo qual se considera seu caráter de subjetividade.

Para melhor se adentrar a conceituação de consumidor, faz-se indispensável se expor as três correntes doutrinárias que procuram conferir a melhor interpretação ao artigo 2º do CDC.

Primeiramente, destaca-se a corrente maximalista, a qual defende que qualquer sujeito de direito, seja pessoa natural ou jurídica, ao adquirir serviço ou produto como se fosse um destinatário final, necessariamente estaria tutelado pelo CDC, motivo por que esta corrente possui caráter objetivo, bastando-se, aos adeptos desta teoria, apenas a análise de o sujeito estar ou não adquirindo um produto como destinatário final, ou seja, como consumidor. Melhor expondo, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 60, grifos no original) menciona que “a corrente **maximalista** ou **objetiva** entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão *destinatário final*, pois, deve ser interpretada de forma ampla [...]”.

Secundariamente, expõe-se a corrente finalista, pela qual, diferente da maximalista, ocorre uma interpretação de maneira restritiva da expressão “destinatário final”. Por esta corrente, exige-se que o adquirente do produto o faça com o ânimo de destinatário final do respectivo bem, não o reinserindo na cadeia produtiva, ou seja, que ao adquirir bem ou utilização de serviço satisfaça unicamente a necessidade pessoal do adquirente ou utente, não se objetivando o desenvolvimento de outra atividade negocial. Conforme salienta Marques, adepta de tal teoria,

para os finalistas, [...], a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, inciso I. logo, conviria delimitar claramente quem é o consumidor e quem não é. Os finalistas propõe, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º (MARQUES, 2007, p. 68).

Por fim, há a terceira e mais recente corrente, denominada finalista mitigada, pela qual se defende a garantia da inversão do ônus probatório em favor do consumidor quando se constatar haver hipossuficiência do consumidor, tratando-se por pessoa física ou jurídica, frente ao fornecedor, conforme vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, que considerou a necessidade de se conferir equilíbrio às relações entre fornecedores

e consumidores-empresários, a exemplo do entendimento proferido em REsp n.º 661.145, do qual se expõe, em parte, a seguinte ementa de acórdão:

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA. DESPACHO SANEADOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 2º DO CDC. ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM".

[...]

3. [...] Ressalto, inicialmente, que se colhe dos autos que a empresa-recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela recorrente, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva.

Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

[...] (STJ. REsp 661.145/ES. Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 28.03.2005, grifou-se).

Observa-se na prática forense que essa terceira corrente tende a prevalecer, mas, claro, sempre se levando em conta o caso concreto, a ser particularmente analisado pelo magistrado, no qual se poderá ou não atender aos reclames de hipossuficiência da pessoa jurídica, quando constituída na posição de consumidora.

1.2.1 Conceito de consumidor sob a ótica da hipossuficiência

No que se refere ao conceito de hipossuficiência aplicado em sede de direito do consumidor, este não se deve confundir com o princípio constitucional da vulnerabilidade – princípio sobre o qual posteriormente se tratará com maior propriedade –, pois a hipossuficiência, conforme bem expõe Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 47), “[...] é um agravamento da situação de vulnerabilidade, um *plus*, uma vulnerabilidade qualificada. Além de vulnerável, o consumidor vê-se agravado nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou ambos”.

Sobre a distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência:

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

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

A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior

do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII. (BENJAMIN, 1998, pp. 300-301)

Em essência, pode-se afirmar que o conceito de hipossuficiência encontra-se mais relacionado a aspectos processuais. Na esfera do CDC, tal expressão se encontra diretamente relacionada às hipóteses de inversão do ônus da prova, nas quais o magistrado, diante do caso em particular, poderá ou não conceder a referida inversão em favor do hipossuficiente consumidor, consoante permissivo legal disposto em artigo 6º, inciso VIII, do referido Código.

Destarte, é correto se afirmar que todo e qualquer sujeito, pessoa física ou jurídica, quando consumidor, encontra-se acobertado pela presunção de vulnerabilidade; porém tal assertiva não se aplica ao que se trata por hipossuficiência, devendo esta ser demonstrada no caso concreto. A título de exemplo: uma pessoa de consideráveis posses, quando destinatária final de produto ou utilização serviços, será consumidora e, por conseguinte, vulnerável; mas não se deverão considerá-la hipossuficiente para o fim de custeio da produção de provas periciais e demais impulsos processuais.

Explorando-se mais a fundo as modalidades de hipossuficiência, observa-se sua caracterização em razão de fatores técnicos, econômicos ou jurídicos, sendo expressamente positivada no CDC, em seu artigo 6º, inciso VIII.

Na hipossuficiência técnica o consumidor não possui conhecimentos acerca do objeto adquirido ou serviços contratados e, conseqüentemente, pode ser mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade.

Sobre a hipossuficiência econômica, esta deve ser analisada em conformidade com as condições financeiras do adquirente de produto ou serviço frente ao respectivo fornecedor. Uma pequena empresa, por exemplo, pode ser considerada hipossuficiente quando destinatária final de produtos ou serviços prestados por outra empresa jurídica de grande porte.

No que tange à hipossuficiência jurídica ou científica, esta se observa quando há falta de conhecimentos jurídicos específicos, abrangendo-se neste conceito os conhecimentos de economia ou de contabilidade.

Vencida a conceituação do consumidor em circunstâncias de hipossuficiência, urge se aprofundar à elementar função do princípio da vulnerabilidade frente aos contratos de consumo, conforme se procurará a melhor exploração do tema a seguir.

1.2.2 O conceito de consumidor frente ao princípio da vulnerabilidade

Em contrapartida à hipossuficiência, abordada em tópico anterior, a vulnerabilidade nasce de um princípio de Ordem Econômica, pela qual a Constituição Federal impõe o dever estatal de defesa do consumidor.

Do surgimento da ideia da vulnerabilidade do consumidor frente à massificação da produção, da distribuição e do consumo, Claudia Lima Marques (2007, p. 38), expõe que,

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

O consumidor é vulnerável em razão de não dispor dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou no que se refere à prestação de serviços no mercado.

Uma vez que ocorra o vínculo de um sujeito (pessoa física ou jurídica) como consumidor em razão da aquisição de produto ou prestação de serviços por parte do fornecedor, há relação de consumo e por dedução se tem preenchidos os requisitos da vulnerabilidade a ser tutelada.

Conferindo-se verdadeiro realce ao constitucional princípio da isonomia, dispensando-se tratamento desigual aos desiguais, o princípio da vulnerabilidade, pode-se dizer, reflete em todo o CDC, recebendo incontestável presunção *iuris et iure* de aplicabilidade em prol de todo e qualquer sujeito conceituado como consumidor. Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 08) enfatiza o princípio da vulnerabilidade como “[...] requisito essencial para a formulação de um conceito de consumidor; está na origem da elaboração de um Direito do Consumidor; é a espinha dorsal que sustenta toda a sua filosofia. [...], busca estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo”.

A presunção de vulnerabilidade ocorre em favor de todos os consumidores. Porém, ensina Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 4) que “[...] só não é presumida a

vulnerabilidade da pessoa jurídica e do profissional quando se tratar de consumo intermediário, necessita de prova *in concreto* [...]”.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do observado em REsp n.º 476.428/SC, vem proferindo entendimento no sentido pelo qual “a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro”.

Sintetizando-se, a fim de que se possa considerar uma pessoa jurídica como consumidora, primeiramente deve ela constituir-se da mesma característica observável no consumidor pessoa física, qual seja, a concreta vulnerabilidade. Após, deve-se analisar se os bens adquiridos pela pessoa jurídica dita vulnerável sejam bens de consumo, os quais tenham sua destinação econômica esgotada na adquirente pessoa jurídica.

Sobre a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor, contra a qual, por evidente, não cabe prova em contrário:

O “princípio da vulnerabilidade do consumidor” atua como elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo, e pode ser apontado como basilar e conseqüente de todos os outros princípios informadores do sistema consubstanciado nesse Código. Isso porque é justamente a incontestável vulnerabilidade do consumidor que enseja nas “sociedades de consumo” um movimento de política jurídica colimando correção jurídica que minimize a disparidade evidenciada no grosso das relações de consumo.

A vulnerabilidade do consumidor é incindível no contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, *não admitindo prova em contrário*, por não se tratar de mera presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física (MARINS, 1993, pp. 38-39, grifos no original).

Por evidente, somente se tem justificável a criação e aplicação de uma lei protetiva caso se trate de relação jurídica entre desiguais; do contrário, tratando-se de partes iguais, não há razoabilidade em se privilegiar uma das partes em detrimento da outra, pois se constituiria em flagrante ofensa ao princípio da isonomia.

Assim sendo, quando o CDC deixa expresso em seu artigo 4º, inciso I, como princípio de defesa do consumidor o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, esse tratamento diferenciado em momento algum vai de encontro ao princípio constitucional da isonomia, pois se tem legítimo em razão da discrepante e insustentável desproporção de forças observadas entre os consumidores e aqueles que detêm

os mecanismos de controle da produção no mercado econômico, ou seja, os fornecedores de produtos ou serviços.

Antes de se concretizar quaisquer relações de consumo, independente de prova em contrário, observa-se a imposição do princípio da vulnerabilidade aos consumidores mira garantir o equilíbrio e harmonia nas relações contratuais estabelecidas entre consumidor e fornecedor, possibilitando-se, assim, a salutar manutenção e desenvolvimento da Ordem Econômica estatal.

1.3 Reflexões acerca da defesa do consumidor na ordem econômica

1.3.1 Ordem econômica na Constituição Federal de 1988

Em princípio, cumpre se distinguir as diferentes conotações sob as quais a expressão “ordem econômica” vem sendo utilizada. Para tanto, valer-se-á, no presente trabalho, das lições apresentadas na obra de Eros Roberto Grau (2007, p. 66, *apud* Vital Moreira, 1973, pp. 67-71, grifos no original), o qual define que:

- em primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;
- em um segundo sentido, “ordem econômica” é a expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem *jurídica* da economia.

Referindo-se à análise da Ordem Econômica em conjunto com o Direito Econômico, Eros Roberto Grau (1981, p. 43, grifos no original) defende que:

[...] o surgimento da *ordem econômica* é fruto do mesmo caldo cultural em que se gerou o Direito Econômico. A *ordem econômica*, assim, é o conjunto de princípios de organização da vida econômica, consagrados no Direito Positivo. Neste sentido, a *ordem econômica* é, em si, uma *ordem jurídico-econômica*. Por isso não há porque procurar-se distinguir entre *ordem jurídica* e *ordem econômica*, eis que esta – tal como a concebemos – não é senão uma região da *ordem jurídica*. Daí entendermos a *ordem econômica* como uma parcela ou porção da *ordem jurídica* do moderno Estado Social.

Na busca por uma conceituação clara e objetiva, “por Ordem Econômica entende-se o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da Nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico” (FIGUEIREDO, 2012, p. 39)

Consoante se pode extrair dos ensinamentos de Eros Roberto Grau⁶, considera-se a existência de distinção entre o conceito de *ordem econômica* no “mundo do ser” e da *ordem econômica* no “mundo do dever ser”.

Em relação aos estudos da norma em conformidade com o “ser” e o “dever ser”, solicita-se, neste ponto, a devida vênica para se resumir ao extremo a célebre conceituação doutrinária de Hans Kelsen, que definiu o “dever ser” como a vontade do legislador manifestada na norma, enquanto o “ser” caracteriza a motivação do legislador para constituir a referida norma, expondo-se da seguinte maneira:

[...] a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. (KELSEN, 1999, p. 4).

Destarte, a ordem econômica sob a égide do “dever ser” remete sua razão de existir à ordem jurídica, ou seja, a título de exemplo, poder-se-ia complementar o artigo 170, da Constituição federal de 1988, através dos seguintes termos, conforme preceitua Eros Roberto Grau (2007, pp. 68-67, grifou-se): “a *ordem econômica* **deverá** estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios [...]”.

Por sua vez, a ordem econômica baseada no “mundo do ser” pode ser observada na redação atual do mencionado artigo 170, conforme poderá concluir o intérprete da lei, caso se restrinja a efetuar uma análise perfunctória do citado artigo. Nessa equivocada conclusão, observar-se-á que o texto legal resta demasiadamente longe de possuir expressão gramatical de sentido normativo, vez que restringiu seus termos à indicação do “[...] modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico, como fato, entre nós (isto é, ‘ordem econômica’ como conjunto das relações econômicas)” (GRAU, 2007, p. 68).

⁶ A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Malheiros, 12ª Ed., 2007.

Em termos práticos, entre tanto, pode-se dizer que, segundo demonstra Eros Roberto Grau (2007, p. 70), “o conceito de ordem econômica [constitucional] [...] é próximo, bastante próximo, do conceito de Constituição Econômica”, a qual é “[...] concebida como conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou como conjunto de princípios e regras ordenadoras da economia [...]” (GRAU, 2007, p. 80)

É de conhecimento geral que a forma econômica capitalista foi massivamente aderida pelas sociedades ocidentais, tendo em vista que tais sociedades primam pela apropriação privada dos meios de produção bem como pela iniciativa privada.

Essa organização econômica ocidental, porém, propicia em muito a ocorrência da monopolização de área(s) econômica(s) por uma determinada classe, possibilitando-se seu substancial fortalecimento em prol das demais, motivo por que “a atuação do Estado, [...], não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo” (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 788).

Expondo-se breve reflexão acerca do conceito de constituição econômica, haja vista ainda não haver orientação doutrinária segura acerca do tema, José Afonso da Silva (2012, pp. 792-793, grifos no original) reconhece valor à ideia de constituição econômica, com a elementar ressalva de que:

[...] não pensemos que as bases constitucionais da ordem econômica é que definem a estrutura de determinado sistema econômico, pois isso seria admitir que a constituição formal (superestrutura) *constitua* a realidade material (constituição material: infraestrutura). Mas também não se trata de aceitar um determinismo econômico mecânico sobre a realidade jurídica formal. Se esta é forma, torna evidente que recebe daquela os fundamentos de seu conteúdo. Mas a forma também influi na modelagem da matéria. Aqui interessa considerar a *constituição econômica formal*, como a parte da Constituição que interpreta o sistema econômico, ou seja, que dá forma ao sistema econômico, que, em essência, é o capitalismo; vale dizer: *a constituição econômica formal brasileira* consubstancia-se na *parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica*.

Ante a ciência de que as singularidades de determinada sociedade (infraestrutura - matéria) serve de objeto de análise, interpretação e regulamentação por parte do respectivo Estado (superestrutura - forma) – buscando-se sempre se harmonizar a forma da lei à matéria prática –, por meio do estabelecimento de um conjunto de normas programáticas, geradas a partir de uma Constituição dirigente, torna-se possível assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social.

Assim sendo, tendo-se a conceituação de constituição econômica, parte-se aos princípios de direito que regem a defesa do consumidor frente à ordem econômica.

1.3.2 Princípio de defesa do consumidor e a ordem econômica

Passada a etapa da conceituação de *ordem econômica* em conformidade com a Constituição Federal, dentre os princípios constitucionais correlatos à ordem econômica, adentra-se ao princípio constitucional de “defesa do consumidor”, descrito em *inciso V* do artigo 170 da Constituição, possuindo, o princípio em pauta, em caráter impositivo, duas funções, consoante elucida Eros Roberto Grau (2007, p. 248), quais sejam: 1) servir como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna; e 2) objetivo particular a ser alcançado, ou seja, o princípio assume feição de diretriz e, como norma-objetivo, visa o bem-estar geral da sociedade.

Em análise do princípio constitucional da defesa do consumidor na esfera da ordem econômica, Eros Roberto Grau (2007, p. 249) expõe três aspectos a serem considerados: 1º) levando-se em conta “[...] categorias não ortodoxas de interesses – interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos – a defesa do consumidor [...] carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses do trabalho”; 2º) referindo-se à conceituação de consumidor, seguindo os termos de Thierry Bourgoigne, Eros Roberto Grau descreve que “consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire, possui ou utiliza um produto ou serviço colocado dentro do sistema econômico por um profissional, sem ser de própria fabricação, transformação, distribuição e entrega, no contexto de um ofício ou profissão”⁷, concluindo o raciocínio na ideia de que, via de regra, deve-se considerar como consumidor aquele que se encontre em uma situação de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo; e 3º) por fim, defende o autor que as medidas voltadas à defesa do consumidor não podem ser tratadas como meras expressões de ordem pública, ou seja, a promoção da defesa do consumidor como princípio deve ser “[...] lograda mediante a

⁷ tradução livre de: le consommateur est une personne physique ou morale qui acquiert, possède ou utilise un bien ou un service placé au sein du système économique par un professionnel sans en poursuivre elle-même la fabrication, la transformation, la distribution ou la prestation dans le cadre d'un commerce ou d'une profession (*ob. Cit.*, 2007, p. 249, apud Thierry Bourgoigne, pp. 60-61).

implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo” (GRAU, 2007, p. 250).

Outrossim, tratando-se do conceito de consumidor atribuído pela ciência econômica, Maria Antonieta Zanardo Donato (1994, pp. 45-46) caracteriza o consumidor “[...] como sendo o destinatário da produção de bens, seja ou não adquirente, seja ou não, por sua vez, produtor de rendas.⁸ Ou então, como adquirentes de bens e serviços que são os produtos finais do ciclo econômico⁹”. Destes conceitos, a citada autora confere especial destaque ao observado elemento teleológico do sujeito consumidor, ou seja, considera-se o consumidor alocado como última instância de todo o processo econômico, tratando-se por destinatário final do processo produtivo econômico.

Das importâncias das atividades consumeristas perante a economia, faz-se importante sempre se ter em mente que apenas por meio da atuação do consumidor se torna praticável a avaliação da demanda produtiva de determinado país, motivo por que se dá como imenso o interesse do Estado pela defesa do consumidor, ou seja, com especial fim de se almejar a melhor harmonização deste importante sujeito junto ao desenvolvimento do sistema econômico estatal.

Sobre a sistemática econômica do papel do consumidor diante da economia capitalista, infere-se que,

[...] o sistema econômico de um país – não comunista ou socialista – é formado pelo agrupamento dos setores privado e público. Como elementos do setor privado encontram-se, de um lado, as empresas que fornecerão os bens e serviços para que, de outro lado, sejam adquiridos e consumidos pelos consumidores. No setor público da economia encontraremos a atividade estatal (DONATO, 1994, p. 46)

Objetivando-se embasamento teórico junto à Constituição Federal de 1988, encontra-se em seu *capítulo I, “Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica”*, no artigo 170, o seguinte imperativo, *in verbis*:

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:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução da desigualdade social;
- VIII – busca do pleno emprego;

⁸ *apud* ALPA, Guido. Tutela del Consumatore e Controlli Sull’Impresa, p.12.

⁹ *apud* mansfield, Edwin. Principles of Macroeconomics. W.W. Norton Company, Nova Iorque, 1974, p. 49.

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Da elementar norma constitucional em discussão,

[...] pode-se identificar a relação de consumo ou a possibilidade de consumo em cada inciso relatado, pois a Constituição Federal garante a livre iniciativa e estabelece a propriedade privada. Porém, isso também significa que, sendo proprietário, qualquer pessoa, sem preocupação ética no sentido da Responsabilidade Social, pode fazer o que quiser se existe, antes de qualquer coisa, um bem social (KARKOTLI, 2008, p. 22).

Analisando-se com maior profundidade o dispositivo supracitado, pode-se observar que ao menos cinco dos nove princípios listados possui relação direta com a defesa do consumidor, destacando-se: da propriedade privada, em inciso II; da função social da propriedade, em inciso III; da livre concorrência, em inciso IV; da defesa do consumidor, em inciso V; e, da defesa do meio ambiente, em inciso VI.

Melhor se analisando a disposição constitucional da defesa do consumidor como imperativo *principiológico* à Ordem Econômica, pode-se dizer que, em essência,

[...] o objetivo visado pelo art. 170 da Constituição Federal é exatamente o de conciliar, de proteger o consumidor com o desenvolvimento econômico e social do país. Este art. 170 da Constituição Federal instituiu os princípios que devem nortear a ordem econômica. Assim, entendemos que não são princípios incompatíveis: Defesa do Consumidor com livre iniciativa e o crescimento econômico. São princípios da nossa ordem econômica previstos constitucionalmente, que devem estar em harmonia (MORAES, 2002, p. 97).

No que tange à justificativa da criação e imposição do princípio da defesa do consumidor frente à Ordem Econômica, esclarece-se sua validade dentro dos conformes do conceito de hipossuficiência do consumidor. Nesse sentido, extrai-se das lições de Leonardo Vizeu Figueiredo (2012, p. 63) sua perfeita conformidade:

[...] uma vez que o consumidor é a parte que, durante a relação jurídica econômica de aquisição final do bem ou serviço, tem menor conhecimento sobre o mesmo, decorrente de forte assimetria informativa sobre como se operam as etapas de produção e circulação, mister se faz outorgar-lhe privilégios legais e processuais, reconhecendo sua posição de hipossuficiência em relação ao produtor e ao vendedor. Assim, por estar em relação de hipossuficiência e desvantagem em relação aos detentores dos fatores de produção, o consumidor merece defesa especial por parte do Estado, contando com a legislação própria (Lei n. 8.078/1990).

Da função econômica encontrada nas relações de consumo, tomando-se por foco a concepção do abuso do direito sob o sistema criado pela lei consumerista, tem-se que, na sua amplitude,

O princípio da função econômica das relações de consumo não deve – da mesma forma que o princípio da função social – ser analisado somente em função das práticas comerciais, das funções econômicas de determinadas cláusulas contratuais, dos contratos de consumo, mas como pertinente a todas as relações de consumo, *ipso facto*, deve balizar a publicidade, e ainda dirigir a atuação da pessoa jurídica no mercado de consumo. O desvirtuamento da pessoa jurídica dos seus fins econômicos

implicará seu extermínio e prejuízo direto dos integrantes da relação de consumo (FERNANDES NETO, 1999, p. 77)

Ora, a principal finalidade da pessoa jurídica no mercado econômico, a qual deve apenas se limitar ao lucro, é manter sua atenção em determinados objetivos correlatos à sua área no mercado de consumo. Fugir de tal finalidade configura abuso do direito por parte da pessoa jurídica e, conseqüentemente, ocasiona prejuízos ao consumidor.

Nesse sentido pode-se citar o ensinamento de Guilherme Fernandes Neto (1997, p. 104)

As pessoas jurídicas que atuam no mercado econômico, v.g., são constituídas com evidente finalidade econômica, pois este é o objetivo dos fornecedores, independentemente da forma societária adotada, se o caso. A finalidade econômica das pessoas jurídicas não se limita ao lucro, mas à atuação em determinada área do mercado de consumo, atingindo determinados objetivos, que estarão descritos como o objeto de seus estatutos sociais ou do contrato social que deu origem à pessoa jurídica.

O desvio da pessoa jurídica de sua função econômica pode consubstanciar-se no critério mais evidente de o consumidor visualizar a progressão do abuso do direito através da personalidade jurídica. Assim, se no decorrer de sua atividade o fornecedor perpetra atos que economicamente podem-se denominar ruinosos, fadados ao fracasso ou ao insucesso, verifica-se que se desvia a pessoa jurídica de sua função econômica e tende a extinguir-se ou a espoliar os consumidores [...].

A ideia de ordem econômica possui como principal finalidade, tal qual descrito em artigo 170 da Constituição Federal, assegurar a todos a existência digna em sua conformidade com a justiça social.

Neste ponto, José Afonso da Silva (2012, p. 790, grifos no original) oferece pertinente crítica, na medida pela qual:

A ordem econômica, segundo a Constituição, tem *por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, observados os princípios indicados no art. 170, princípios estes que, em essência, [...] consubstanciam uma ordem capitalista. Não nos enganemos, contudo, com a retórica constitucional. A declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim.

Insistindo-se nesse raciocínio, sob a égide da luz constitucional da ordem econômica, em sua efetiva aplicabilidade prática e reflexos junto à sociedade, conclui o autor que:

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve, até aqui, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. [...] A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a

todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – *a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e a busca pelo pleno emprego* – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos (AFONSO DA SILVA, 2012, pp. 791-792, grifos no original)

No que tange especificamente a matéria de defesa do consumidor como princípio da ordem econômica:

[...] A defesa dos consumidores “responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e, em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas que hoje vivemos”, imersos que estamos na chamada sociedade de consumo, em o “ter” mais do que o “ser” é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo (AFONSO DA SILVA, 2012, p. 263, apud PRIETO, p. 849).

Dessarte, a caracterização do mercado interno como patrimônio nacional somente se pode efetivar mediante a repressão dos abusos econômicos, sobretudo contra o vulnerável consumidor, motivo por que se dá a peremptória necessidade da efetiva aplicabilidade do CDC, a fim de se coibir, em favor do consumidor, “[...] o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, consoante determinação inserta em artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988.

Assim, no intuito de conter os abusos econômicos em desfavor do consumidor, criaram-se uma pluralidade de mecanismos principiológicos, impostos como proteção às relações contratuais de consumo, conforme mais bem se procurará abordar nos capítulos posteriores.

2 O DEVER DE DILIGÊNCIA COMO PROTEÇÃO CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1 O princípio da boa-fé

2.1.1 Análise jurídica da boa-fé

Considerado o mais importante princípio das relações contratuais, tem-se na boa-fé um verdadeiro norteador da ordem jurídica e dos critérios de aplicação das normas existentes, objetivando-se, como primordial fim, conferir o máximo de segurança jurídica às partes contratantes.

Em termos etimológicos, a expressão *boa-fé* tem sua origem do latim *bona fides*, que significa atribuição de confiança, comprometimento, fidelidade, etc. Com seu suposto surgimento nos primórdios do Direito Romano, o conceito de *boa-fé* desde então carrega o objetivo de fixar e conservar padrões éticos para toda e qualquer relação contratual obrigacional.

Extraíndo-se a conceituação de boa-fé objetiva da obra de Claudia Lima Marques (1999, 107):

[...] uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Por outras palavras, Sílvio de Salvo Venosa (2009, p. 372) expõe que “tal princípio [...] procura afastar-se do extremismo ou evitar de adotar unicamente a declaração, ou a vontade como formas de interpretação”.

Segundo ensina o autor,

[...] no caso concreto, o juiz deve repelir a intenção dos declarantes de vontade, em qualquer negócio jurídico, que se desvie da boa-fé objetiva, qual seja, a conduta normal e correta para as circunstâncias, seguindo o critério do razoável. Trata-se de um processo teleológico de interpretação. [...] ainda que ausentes esses princípios do direito positivo, ainda que não vigorante o atual estatuto, a boa-fé objetiva recebe o tratamento adequado de nossa jurisprudência, por decidida influência da doutrina. A boa-fé subjetiva, por outro lado, é aquela intimamente refletida e pensada pelo declarante no negócio jurídico, e que também pode e deve ser investigada pelo hermeneuta no caso concreto, tendo em vista os princípios gerais aqui expostos. De qualquer forma, a presença de princípio geral sobre a boa-fé objetiva no

ordenamento legal dará maior segurança ao julgador e ao sistema (VENOSA, 2009, p. 374).

Noutras palavras, Rizzatto Nunes (2011, pp. 658-659) expõe a conceituação da boa-fé subjetiva pela seguinte forma:

A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença acerca de uma situação pela qual o detentor do direito acredita na sua legitimidade porque desconhece a verdadeira situação. Nesse sentido, boa-fé pode ser encontrada em vários preceitos do Código Civil, como por exemplo no art. 1.561, quando trata dos efeitos do casamento putativo¹⁰, nos arts. 1.201 e 1.202, que regulam a posse de boa-fé¹¹, no art. 879, que se refere à boa-fé do alienante do imóvel indevidamente recebido etc.¹².

Já no que se refere à boa-fé objetiva, defende Rizzatto Nunes (2011, p. 659) que esta cláusula geral funciona “[...] como um modelo, um *standard*, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor”, e conclui seu raciocínio através da ideia pela qual:

[...] quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal. Na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes (NUNES, 2011, p. 659).

Em apertada síntese, infere-se que a boa-fé subjetiva, contrariamente à boa-fé objetiva, se restringe à análise da intenção das partes, ou seja, quando através de uma ação ou omissão, o sujeito do contrato, por meio de um estado psicológico, de firme crença ou ainda por desconhecimento de situação fática, acredita estar agindo corretamente. Neste caso, a constatação da ocorrência de má-fé por uma das partes contraentes, a se observar por ação ou omissão culposa ou dolosa, é fundamental para se constituir o real interesse jurídico à parte

¹⁰ “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

¹¹ “Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.”

¹² “Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.”

prejudicada para, assim, caso necessário, requerer em juízo o melhor encaminhamento aos interesses contratuais pactuados, sem se ignorar às devidas reparações de direito.

Tendo em vista o caráter de formulação genérica e aberta da lei, encontra-se a conceituação de boa-fé dentro das conformidades de cláusula geral, ou seja, “a boa-fé no direito do consumidor consolida-se, [...], não em um mero princípio contratual, mas em um princípio geral pertinente às relações de consumo, as quais, [...], são gênero” (FERNANDES NETO, 1999, p. 81). Por assim dizer, no tratamento da boa-fé como cláusula geral, entende-se se tratar de espécie de norma orientadora, capaz de fixar diretrizes especialmente dirigidas ao magistrado, as quais, simultaneamente, vinculam-no e lhe conferem maior liberdade para decidir, permitindo-se, então, seja aplicado o melhor direito no caso concreto.

Nesse sentido, expõe-se o entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1995, p. 02), ao defender que:

[...] a cláusula geral, seja da boa-fé, seja da lesão enorme, contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendavam. Na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo¹³. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretidade [sic] do caso.

Assim sendo, observa-se que não se trata a *boa-fé* de regra ou norma jurídica propriamente dita, mas, sim, de um princípio capaz de estipular diretrizes ao juízo valorativo do magistrado segundo cada caso em concreto de relação de consumo; ou seja, considera-se a *boa-fé* como o princípio máximo orientador do CDC, conforme genericamente afirma Claudia Lima Marques, *et al*, inclusive se “[...] destacando igualmente o princípio da transparência (art. 4.º, *caput*), o qual não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais” (MARQUES, 2006, p. 148).

Igualmente nessa opinião, Rizzatto Nunes explica que “[...] a cláusula geral de boa-fé cria uma norma de conduta para o caso concreto, atendendo-se sempre à realidade social, o que nos remete à questão da equidade [...]”.

No entanto, em sentido oposto, Norberto Bobbio (1995, p. 158), na obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, manifestou seu entendimento, sem quedar-se em quaisquer sombras de dúvidas, no sentido de que princípios gerais (e aqui também se encaixando a boa-

¹³ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1984, I/359.

fé) são normas tanto quanto as demais, argumentando-se, para tanto, que “os princípios gerais são apenas [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”.

Ainda, ao sustentar a tese dos princípios gerais como normas, o autor se utilizou de dois argumentos por ele igualmente considerados válidos:

[...] antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas? (BOBBIO, 1995, pp. 158-159)

Desta forma, caso se analise a boa-fé como princípio geral de direito e, por consequência, tratando-se por norma jurídica como as demais, tal princípio valer-se-á de todas as características de existência e validade atinentes ao conceito de norma, tais quais a generalidade, a imperatividade e a coercibilidade.

2.1.2 Fundamentação legal da boa fé na Lei nº. 8.078/90 e suas funções

No CDC, há referências à boa-fé, de forma expressa, em duas passagens do seu texto legal: 1) em seu art. 4º, inciso III, parte final, ao impor que, a fim de se viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, a Política Nacional das Relações de Consumo deve atender, dentre outros, o princípio da “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico [...] sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”; e 2) no art. 51, inciso IV, quando – no que se refere ao rol Das Cláusulas Abusivas em contratos de fornecimento de produtos ou serviços – se determina a nulidade de pleno direito, dentre outras, das cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Do referido art. 4º, inciso III, em conformidade com as lições de Orlando Celso da Silva Neto (2013, p. 77), considera-se que,

o objetivo de política pública [pela] harmonização de interesses encontra formulação aberta, e deve ser entendido de forma sistêmica com os demais objetivos da política

nacional de relações de consumo. Harmonização está intimamente relacionada com balanceamento e ponderação de interesses.

Melhor explicando sua exposição acerca da harmonização de interesses dos participantes das relações de consumo, exemplifica o autor que,

[...] poder-se-ia encontrar o mesmo trabalho de harmonização na regulação do cigarro, uma vez que este, sem dúvida apresenta riscos ([...], é produto de periculosidade inerente), mas ao mesmo tempo é desejado pelos (por alguns) consumidores, assim, a lei fará o *trade off* entre liberdade individual e interesse coletivo, contemplando nesse matriz ainda o interesse do fornecedor e do Estado arrecadador de tributos (SILVA NETO, 2013, p 78).

Da sua parte, o art. 51, que preestabelece as nulidades de determinadas cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços, em seu inciso IV, rechaça de forma veemente as cláusulas que, além das demais considerações supracitadas, encontrem-se em desconformidade com os preceitos da boa-fé.

Sobre as importâncias de o princípio da boa-fé se fazer presente para todas e quaisquer relações de consumo, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 40, grifos no original) salienta que o referido princípio,

em primeiro lugar, é fonte de novos deveres anexos ou acessórios (*função criadora ou integrativa*), tais como o dever de informar, de cuidado, de cooperação, de lealdade. Importa dizer que em toda e qualquer relação jurídica obrigacional de consumo esses deveres estarão presentes, ainda que não inscritos expressamente no instrumento contratual. Quem contrata não contrata apenas a prestação principal; contrata também cooperação, respeito, lealdade etc.

Conforme se abordou em *Capítulo I*, considerando-se o acentuado desenvolvimento das linhas de produção, as melhores condições de organização das empresas e o massivo incentivo dos meios de comunicação às práticas consumeristas, tornou-se imperativo o acolhimento da boa-fé objetiva à sistemática de defesa do consumidor, a fim de se afastar a necessidade de se demonstrar a real intenção das partes contraentes na relação de consumo, permitir-se, assim, maior poder de efetividade ao CDC, na medida em que se exige das partes o dever de lealdade, transparência e cooperação.

Segundo dispõe Guilherme Fernandes Neto (1999, p. 81),

a ideia de consumo, hodiernamente, implica, via de regra, a contratação em massa, o desconhecimento do representante legal do fornecedor, a confiança do consumidor na empresa. Esta confiança, lastreada na boa-fé, sempre foi valorada pela doutrina e jurisprudência, e mais ainda o é pelo CDC.

Amoldando-se a aplicabilidade da boa-fé à conclusão contratual, salienta-se que esse princípio norteador faz referência “[...] ao exame objetivo e geral da conduta do sujeito em *todas* as fases contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual), servindo, a

partir de suas funções, como parâmetro de interpretação dos contratos, identificação de abuso de direito e criação de deveres anexos” (BENJAMIN, 2008, p. 284, grifos no original).

Na sistemática de defesa do consumidor, tratando-se por funções tradicionais do princípio da boa-fé objetiva, Claudia Lima Marques (2006, p. 148) destaca três das funções desse princípio junto ao que denomina nova teoria contratual, quais sejam: “1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos”.

Sobre essa respectiva ordem de funções, elucida a autora que:

A **primeira** função é uma função criadora (*pflichtenbegründende Funktion*), seja como fonte de novos deveres (*Nebenpflichten*), de deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como os deveres de informar, de cuidado e de cooperação, seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (*Vertrauenshaftung*) ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A **segunda** função é uma função limitadora (*Schranken-bzw, Kontrollfunktion*), reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta (*pflichtenbefreie Vertrauensumstände*). A **terceira** é a função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, o qual permite uma visão total e real do contrato sob exame (MARQUES, 2006, pp. 148-149, grifou-se).

Por outro lado, atentando-se ao imperativo constitucional, Rizzatto Nunes (2011, p. 660) define que:

O princípio da boa-fé estampado no art. 4º da lei consumerista tem como função viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, compatibilizando interesses aparentemente contraditórios, como proteção do consumidor e desenvolvimento econômico e tecnológico. Com isso, tem-se que a boa-fé não serve tão somente para a defesa do débil, mas sim como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica, que, como vimos, tem na harmonia dos princípios constitucionais do art. 170 sua razão de ser.

Assim, em conformidade com o ensinamento de Rizzatto Nunes, observa-se na boa-fé um princípio que, além de resguardar a defesa do polo mais fraco de uma relação jurídica, se faz suficiente como mecanismo orientador da ordem econômica.

Insta salientar que a modalidade de boa-fé assumida pelo CDC é a denominada objetiva; já que, diferente da boa-fé subjetiva, “[...] a chamada **boa-fé objetiva** que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 39, grifos no original).

Seguindo-se essa linha de raciocínio, não há qualquer possibilidade de se considerar algum caso de relação jurídica de consumo cujo respeito à boa-fé objetiva pelas partes contratantes seja prescindível, uma vez que o CDC perfilhou a cláusula geral de boa-fé como princípio base da Política Nacional de Relações de Consumo, pois “[...] adotou, implicitamente, a cláusula geral de boa-fé no seu art. 4º, inciso III, o que importa dizer que **deve ser ela considerada em todas as relações jurídicas de consumo**” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 39-40, grifou-se).

Destarte, em termos práticos, importa dizer que, tendo-se incorporado os ditames da boa-fé objetiva à sistemática de defesa do consumidor,

[...] o credor tem a obrigação de se abster de todo e qualquer ato, mesmo lícito, que seja capaz de tornar a execução da obrigação do devedor mais onerosa. **O direito do outro**, a ser preservado no contrato, é agora preocupação da contraparte. A vantagem excessiva, antes indício de um bom negócio, já não é mais assim vista. O que conta é a probidade, a preocupação com o direito do outro, o sentimento de colaboração que deve presidir os negócios jurídicos (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 40, grifos no original)

Concernente às obrigações do fornecedor perante os ditames da boa-fé objetiva, há, inclusive, entendimento mais radical no sentido pelo qual:

Quando se tratar de relação de consumo, a boa-fé sempre será objetiva, porém o consumidor não precisa ter boa-fé, somente o fornecedor. Portanto, o artigo 4º do CDC cultiva a relação de consumo, deixando clara sua proteção, tendo como fundamento a boa-fé objetiva (KARKOTLI, 2008, p. 51).

Não obstante, esse entendimento de que apenas o fornecedor possui o dever de agir com boa-fé deve ser interpretado com bastante cautela, uma vez que não parece soar razoável se impor que apenas uma das partes da relação contratual deva agir boa-fé, ainda que se esteja tratando de relação de consumo.

Por óbvio, atendendo-se sempre aos princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência (a depender do caso concreto) do consumidor, os deveres de solidariedade, cooperação, respeito, lealdade, etc – todos insculpidos na essência da boa-fé objetiva – sempre se aplicam a ambas as partes contratantes, tanto ao consumidor quanto ao fornecedor de produtos ou serviços, desde a fase pré-contratual até a pós-contratual, consoante se irá expor na continuidade da presente pesquisa.

2.2 Deveres anexos vinculantes das partes nas relações contratuais consumeristas

É de conhecimento geral que a relação contratual consumerista se fundamenta, do ponto de vista do consumidor, sempre que necessário, pela prestação de informações verídicas na contratação perante o fornecedor de produtos ou serviços e pelo cumprimento das suas obrigações pecuniárias; ao passo em que ao fornecedor, no outro pólo do contrato, lhe incumbe o fiel cumprimento dos denominados deveres anexos, os quais possibilitam melhor direcionar os parâmetros de qualidade nas relações de consumo.

Nesse sentido se dá a lição de Luiz Cláudio Carvalho de Almeida (2005, p. 167): “[...] a relação contratual consumerista norteia-se, do ponto de vista do fornecedor, pelo cumprimento dos chamados deveres anexos, os quais delinham os parâmetros de qualidade no fornecimento de produtos e prestação de serviços no mercado de consumo”.

Conforme se expôs em tópico anterior, para toda e qualquer relação contratual de consumo se faz presente o conjunto de preceitos correlatos ao princípio da boa-fé objetiva. A partir desse referido conjunto de obrigações provenientes dos contratos de consumo, tanto durante quanto após o seu cumprimento, atribui-se especial destaque aos deveres de esclarecimento, informação, lealdade, confiança, cooperação, cuidado e transparência.

Reitera-se que todos os princípios supracitados, por evidente, possuem certa complementariedade entre si, vez que são igualmente provenientes do princípio da boa-fé objetiva, e, precipuamente, visam asseverar o respeito ao dever de qualidade no cumprimento das obrigações contratuais por parte do fornecedor, tendo em vista a produção, comercialização e consumo em massa.

No entanto, a fim de não se desvirtuar a busca pelo objetivo geral da presente pesquisa, restringir-se-á a melhor análise dos deveres anexos de confiança, cooperação, cuidado e transparência.

2.2.1 O dever anexo de confiança

Do verbo intransitivo *confiar* confere-se, como significado da palavra, a ideia de “ter fé, ter esperança, acreditar”¹⁴, o que remonta ao óbvio: a esperança de um sujeito em algo ou alguém, no qual se deposita fé para determinado fim aguardado.

Na sua ponderação como princípio, extrai-se do dever de confiança a busca pelo melhor equilíbrio da relação contratual entre as partes.

Ao esmiuçar o princípio da confiança nas relações de consumo, Claudia Lima Marques (2006, p. 143) leciona que,

[...] este princípio abrange dois aspectos: 1) a proteção da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o *equilíbrio* do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

Por outro lado, explorando-se sua aplicabilidade na tradicional legislação civilista e na sistemática do CDC,

Este poderia ser frustrado em seus intentos no sistema tradicional, pois o fornecedor, elaborando unilateralmente o contrato, redigia-o da forma mais benéfica a ele, afastando todas as garantias e direitos contratuais que a lei supletiva civil permitisse (direitos disponíveis). No sistema do CDC, leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na *prestação contratual*, na sua *adequação* ao fim que razoavelmente dela se espera, e irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na *segurança* do produto ou serviço colocado no mercado (MARQUES, 2006, p. 146).

No que se refere à origem normativa da confiança, sua conceituação e afinidade com a ideia de transparência (princípio a ser trabalhado posteriormente), valer-se-á das lições de Sergio Cavalieri Filho (2011, pp. 44-45, grifos no original), na medida em que:

embora não previsto expressamente no CDC, o **princípio da confiança** é uma irradiação normativa da boa-fé e está intimamente ligado ao princípio da transparência. Confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente deles se espera. Prestigia as legítimas expectativas do consumidor no contrato. [...] Viola o princípio da confiança toda a conduta que frustre as legítimas expectativas do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2011, pp. 44-45, grifos no original).

¹⁴ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <www.priberam.pt/dlpo/confiar>. Acesso em: 18 Out 2013; e Dicionário Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 174.

Aprofundando-se o conceito e aplicabilidade da confiança como princípio estruturante da boa-fé, Dr. Gilson Karkotli (2008, p. 60) aborda-o como um “[...] dever depositado em ambos os atores no processo de consumo pelo contrato [...]”, mas defende sua eficácia afirmando que, “[...] em função da sociedade globalizada, a confiança está na relação do que se lê, vê ou é, visto que se acredita na boa-fé, mas com contrato assinado e testemunhas”.

Assim sendo, pode-se afirmar que a confiança atua como princípio estanque à toda e qualquer conduta desconexa ao que se aguarda nas relações contratuais, sobremaneira no que tange às consumeristas, especialmente guarnecidas pelo princípio da boa-fé objetiva em conjunto com a vulnerabilidade do consumidor.

2.2.2 O dever anexo de cooperação

Conforme se observa estampado no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a incessante busca pela construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Ao se aplicar esse objetivo constitucional na esfera da defesa do consumidor, confere-se certa equivalência entre os conceitos de solidariedade e cooperação entre todos os sujeitos da relação de consumo – referindo-se, aqui, tanto às partes contratantes quanto ao poder público competente.

Ponderando-se etimologicamente, por meio de dicionários da língua portuguesa, o sentido do verbo intransitivo *cooperar*, pode-se concluir a ideia de um *animus* pelo qual uma pluralidade de indivíduos busca operar simultânea ou coletivamente, pondo-se em prática os verbos *auxiliar*, *ajudar*, *colaborar*; para, então, se propiciar a conclusão de determinado desejo ou fim.¹⁵

Da sua aplicabilidade junto à ciência jurídica, Rizzatto Nunes (2011, p. 666) dispõe acerca do princípio de cooperação da seguinte forma:

[...] Em termos contratuais, [...], o dever de cooperação nada mais é do que sempre colaborar para que o contrato atinja o fim para o qual foi firmado. Será contrária ao dever de cooperação a ação do contraente que inviabilize a atuação da outra parte quando esta tentar cumprir sua obrigação. Por exemplo, a ação do

¹⁵ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <www.priberam.pt/dlpo/cooperar>. Acesso em: 18 Out 2013; e Dicionário Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 184.

fornecedor impondo certas dificuldades para que o consumidor efetue o pagamento: limitação de horas, especificação de locais especiais etc (NUNES, 2011, p. 666)

Destarte, pode-se deduzir que o princípio da cooperação, tal qual obrigação acessória à boa-fé objetiva, impõe que, independente de qual seja a prestação ajustada, desde que em conformidade com os preceitos legais e respeitando-se as especificidades de cada caso, as partes contratantes têm o indissociável direito de esperar a mútua cooperação para o resultado colimado em contrato, ressalvando-se que toda e qualquer conduta atentatória ao dever de cooperação, “[...] pode legitimar a resolução do contrato quando torna impossível ou dificulta o exato adimplemento da obrigação principal”¹⁶.

2.2.3 O dever anexo de cuidado

Buscando-se o significado do substantivo masculino *cuidado* junto aos dicionários da língua portuguesa, chega-se à ideia de se agir com *zelo, atenção, cautela*.¹⁷ Assim, um sujeito incumbido de determinada tarefa ou função, através da qual se almeja certo resultado, deve valer-se do máximo de atenção – como atividade meio –, à consecução, o mais preciso possível, do aguardado fim.

Destarte, não há como se imaginar o afastamento do dever anexo de cuidado das relações contratuais consumeristas, em especial tratando-se do tema sob a égide dos preceitos da boa-fé objetiva.

Conforme indica Rizzatto Nunes (2001, p. 666):

O dever de cuidado diz respeito ao resguardo da segurança dos contraentes. Em poucas palavras, pode ser traduzido no dever de um contraente para com o patrimônio e a integridade física ou moral do outro contraente. É a obrigação de segurança que a parte deverá ter para não causar danos morais ou materiais à outra.

Por consequência, uma vez firmado o contrato de consumo, pressupõe-se, *iuris et iure*, o depósito de total confiança da parte consumidora na pessoa do fornecedor de produto(s) ou serviço(s), o qual deve agir com o máximo de cautela à realização das suas obrigações assumidas e/ou legais, jamais se permitindo qualquer tolerância de descuidos que

¹⁶ Vide NEVES, José Roberto de Castro. *Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais*. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9124-9123-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18.10.2013.

¹⁷ Dicionário Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 197.

possam ocasionar quaisquer prejuízos, materiais e/ou morais, à parte presumidamente vulnerável na relação contratual.

2.2.4 O dever anexo de transparência

No que se refere ao princípio da transparência aplicado às relações de consumo, consoante insculpido no art. 4º, *caput*, do CDC, busca-se garantir o livre e fácil acesso à informação clara, correta e ampla acerca do produto ou serviço oferecido pelo fornecedor, bem como suas características específicas.

Entre tanto, as qualidades do dever anexo de transparência não se quedam tão somente à informação, pois “[...] também significa lealdade e respeito nas relações de consumo entre o consumidor e fornecedor, não importando a fase do processo de consumo” (KARKOTLI, 2008, p. 54).

Ainda nesse sentido, seguindo-se os ensinamentos de Cláudia Lima Marques (2002, p. 104),

transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo que na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Pode-se notar, pelos ensinamentos dos autores supracitados, que a esfera de importância do dever anexo de transparência não se resigna unicamente à garantia de acesso à informação fidedigna para com a realidade do produto ou serviço, pois esse dever também repercute decisivamente no dever de lealdade e respeito nas relações de consumo.

Pormenorizando-se a ideia do dever de transparência como princípio irradiante dos deveres de lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, ambos considerados preceitos lógicos da boa-fé, Thereza Christina Nahas (2002, p. 47) dispõe o seguinte:

temos, assim, pelo menos, dois conceitos a que se refere boa-fé. O primeiro, chamado de *boa-fé lealdade*, que se refere ao comportamento esperado, ou seja, espera-se que todos os homens cumpram de maneira escrupulosa e honesta as obrigações contratuais assumidas; e a *boa-fé crença*, que se refere à convicção, abrangendo o erro, a falsa crença.

Uma vez colimado o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo, disposto em art. 4º do CDC, cumpre ao Estado coibir e reprimir, de maneira

eficiente, todos os abusos praticados no mercado de consumo¹⁸, conferindo-se relevante destaque à concorrência desleal, que, além de flagrantemente ferir a boa-fé objetiva, constitui-se em atentado à transparência das relações de consumo e oneração ao vulnerável consumidor, pois,

[...] práticas como a concorrência desleal, a violação do direito marcário e da propriedade industrial, o abuso do poder econômico etc., se constituem em práticas danosas ao consumidor, por violarem frontalmente o princípio da boa-fé, e representarem inaceitável óbice à transparência das relações de consumo que é um dos objetivos centrais colimados pela Política Nacional das Relações de Consumo (MARINS, 1993, p. 52).

Desta forma, não só é dever do fornecedor de produtos e/ou serviços diligenciar-se para sempre atuar nos conformes do dever anexo de transparência – nas suas variações de informação, lealdade e respeito –, como também cabe ao Estado, por meio de seus órgãos competentes, jamais se escusar de reprimir firmemente, mediante apropriadas medidas inibitivas e repressoras, toda e qualquer prática de concorrência desleal que exponha o consumidor em prejuízo.

2.3 Proteção do consumidor na fase pós-contratual da relação de consumo

Considera-se irrefutável que a proteção contratual referida pelo CDC se inicia na fase pré-contratual e se estende até a fase pós-contratual, onde sempre se deverá primar pela boa-fé objetiva; exigindo-se, de ambas as partes contratantes, postura séria, leal, sincera, a exemplo da publicidade do fornecedor, que deve ser condizente com o dever anexo de transparência, impondo-se sua veracidade e que não sejam abusivas.

Respeitada a etapa da proteção pré-contratual, adentra-se à fase da formação e execução do contrato, na qual se faz presente, em especial, a proibição das chamadas cláusulas abusivas, o que se dá mediante controle judicial.

Em referência à relevância desta etapa, Leciona Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 170) que “o controle das cláusulas abusivas [...] é a tarefa primordial da justiça na fase da execução dos contratos de consumo para garantir a efetividade dos direitos criados pelo CDC em favor do consumidor”.

¹⁸ Art. 4º, inciso VI, do CDC.

Porém, a ideia de proteção contratual não se restringe tão-somente às fases pré-contratual, de formação e de execução do contratual, estendendo-se também ao momento pós-contratual, onde ainda deve ocorrer predomínio da boa-fé objetiva como óbice às práticas abusivas, tais qual a inscrição indevida do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes, a cobrança de dívidas por meios vexatórios e a cobrança indevida de valores não previstos em contrato ou já quitados pelo consumidor.

Trazendo-se os ensinamentos do autor português António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997, p. 628), ao se referir à *culpa post pactum finitum*:

A pesquisa jurisprudencial das manifestações pós-eficácia revelou que, extinta uma obrigação, podem subsistir, a cargo das antigas partes, deveres de proteção, de informação e de lealdade. No primeiro caso, constata-se que, concluído e extinto um processo contratual, as partes continuam vinculadas, em termos específicos, a não provocarem danos mútuos nas pessoas e nos patrimónios da outra. [...]

Também nesse sentido, atinente à importância da boa-fé objetiva na proteção contratual, Rizzato Nunes (2005, p. 665) expõe que tal princípio

[...] acabou iluminando outros, formando um “chapéu” em torno do direito subjetivo do fornecedor – e também do consumidor –, de modo que nenhuma forma de abuso do exercício do direito pode ser tolerada. Isto é, a boa-fé limita o exercício do direito subjetivo para evitar qualquer tipo de abuso, o mínimo que seja.

Anteriormente à criação do CDC, quando nos primórdios das relações contratuais civilistas, aos consumidores lhes eram devidos apenas os preceitos civis de defesa judicial e proteção contratual.

Nesse meio tempo, conforme se dava o predomínio da noção clássica de contrato, concluía-se por fundamental a manifestação da suposta autonomia da vontade das partes contratantes; ou seja, partia-se da premissa pela qual “[...] duas pessoas, ao tratarem de um objeto a ser contratado, discutem todas as cláusulas minuciosamente, propõe e contrapõe a respeito do preço, prazo, condições, formas de pagamento etc., até chegarem ao momento culminante, que é a conclusão do contrato” (VENOSA, 2010, pp. 375-376).

Ainda, sobre a noção clássica de contrato, extrai-se das pesquisas de Claudio Belmonte (2002, p. 37) o seguinte:

[...] segundo a visão clássica definidora do contrato, este consistia, fundamentalmente, no produto da força criadora da vontade das partes na constituição e conformação das relações jurídicas. Abstraindo-se as diferenciações reais entre os indivíduos, partindo de um pressuposto de paridade de posição dos contraentes, considerados iguais entre si e perante a lei, entendia-se que o princípio consensualístico, com suas escassas restrições de ordem pública, estava apto a absorver e mediar os conflitos de interesses entre particulares e, bem assim, organizar, em termos de exercício da autonomia, as relações de troca e cooperação entre eles.

Contudo, tal liberalismo de contratação, a partir do qual o contrato firmado torna-se lei entre as partes, não tardou por se tornar completamente inviável às relações consumeristas, motivo por que,

a Lei n. 8.078 rompe de vez com o princípio do *pacta sunt servanda*. Ao reconhecer que em matéria de relação de consumo vige a regra da oferta que vincula e os contratos são elaborados unilateralmente (contratos de adesão) ou nem sequer são apresentados (verbais, comportamento socialmente típico, cláusulas gerais), estabelece que não vige a regra milenar representada no brocardo latino. Esta, claro, continua a ter validade para as relações da órbita privada, mas tem aplicação nas relações de consumo, mesmo quando for elaborada cláusula contratual negociada em separado (NUNES, 2005, pp. 654-655).

Desse modo, dado o acentuado crescimento demográfico ocorrido nos últimos séculos, concomitantemente ao inenarrável desenvolvimento dos meios de produção e consequente incentivo ao consumismo desenfreado, tornou-se preempatório o rompimento do princípio clássico do *pacta sunt servanda* a fim de garantir a defesa do consumidor frente à sobeja das contratações em massa, com predominância dos contratos de adesão, nos quais, na grande maioria, se quer as partes têm a oportunidade de se conhecerem, quanto mais poder discutir cláusulas contratuais, a exemplo das compras realizadas por contato telefônico e pela *internet*, onde a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorre fora do estabelecimento comercial.

Seguindo esse mesmo raciocínio, leciona Claudio Belmonte (2002, p. 38):

As transformações nas estruturas sociais carreadas pela implantação do sistema capitalista provocaram vultosa mudança na relevância do contrato dentro do âmbito econômico, não apenas no aumento significativo do uso de instrumentos contratuais, mas também na própria fisionomia dessa figura jurídica. Surge um novo cenário socioeconômico constituído, sobretudo, pela aceleração do processo produtivo e das relações comerciais, pelo acesso de setores cada vez mais alargados da população às relações de consumo, pela universalização do mercado, pela empresarialização da atividade econômica e pela concentração urbana.

Ainda, justificando-se a especial proteção contratual conferida aos consumidores:

[...] a proteção dos consumidores ou usuários (notadamente aqueles que consomem ou usam produtos finais) é justificada sobretudo pela sua evidente *inferioridade negociada* nos contratos firmados com fornecedores ou prestadores de serviços, decorrência de uma *sociedade de consumo* contemporâneo que, por sua vez, respalda as contratações em massa, o uso de contratos estandardizados, o surgimento de inovadoras técnicas de *marketing* e os métodos agressivos de venda (BELMONTE, 2002, pp. 78-79).

Posto isso, entende-se como totalmente justificável o dever estatal de desenvolver mecanismos de proteção das relações contratuais de consumo, desde o período pré-contratual até o pós-contratual.

Conforme se observa na doutrina:

A intenção legislativa é de zelar pela relação de consumo como um todo, de sorte que podemos inferir que a proteção de interesses vai desde a pretensão de se formar um contrato, ou oferta de produto ou serviço no mercado de consumo, até a fase pós-contratação, em que ao fornecedor é imposta a obrigação de prestar, garantir o bem objeto da relação de consumo (NAHAS, 2002, p. 51).

A ideia de a proteção contratual se dever estender aos fatos posteriores ao adimplemento contratual é bastante lógica; entre tanto, faz-se sempre importante se destacar sua importância e aplicabilidade. Caso assim não fosse, a restrição da proteção contratual até o adimplemento do negócio jurídico pactuado poderia induzir a desnecessidade do dever de diligência por parte do fornecedor, por exemplo, onde condutas comissivas ou omissivas prejudiciais ao consumidor o deixariam à míngua de proteção jurídica diante de qualquer impossibilidade de se demonstrar a má-fé do fornecedor.

Valendo-se dos ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 198):

[...] mesmo findo o contrato, supondo que o seu adimplemento tenha sido integral e satisfatório, persiste a fase pós-contratual, durante a qual ainda estarão as partes vinculadas aos deveres decorrentes do princípio da boa-fé e ao cumprimento de obrigação contratual secundária (lealdade, diligência, informação), também chamados de deveres *post pactum finitum*.

Outrossim seguindo essa mesma acepção, Sílvio de Salvo Venosa (2010, pp. 493-494) define tal proteção em conformidade com a boa-fé objetiva e o dever de cuidado das partes, ao que segue:

[...] essa responsabilidade pós-contratual, ou *culpa post factum finitum*, decorre primordialmente do complexo geral da boa-fé objetiva em torno dos negócios jurídicos. Trata-se de um dever acessório de conduta dos contratantes, depois do término das relações contratuais, que se desprende do sentido individualista do contrato imperante até o século passado e se traduz em um sentido social das relações negociais, como, aliás, propõe o Código Civil. Os contratantes devem assegurar à outra parte a tranquilidade na execução do contrato (VENOSA, 2010, pp. 493-494).

Ora, tanto nos contratos de natureza civil – onde a norma civilista se aplica supletivamente às situações não disciplinadas expressamente pelos contratantes – quanto nos de consumo – em que o CDC se aplica de forma cogente, não podendo ser afastado pela vontade das partes – a vigência do princípio geral da boa-fé se faz tão importante que inclusive já houve proposta de alteração do art. 422¹⁹, do Código Civil de 2002²⁰, por meio do Projeto nº 6.960/2002, a fim de que sua redação se tornasse mais abrangente, objetivando-se a

¹⁹ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

²⁰ Usar-se-á, no decorrer da presente pesquisa, “CC de 2002” como expressão da Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

obrigatoriedade do resguardo à boa-fé desde as negociações contratuais preliminares até a fase pós-contratual, onde se valeria o texto legal dos seguintes termos:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

No que se refere à motivação da proposta de alteração do texto legal, expõe-se como justificativa que, quando na aplicabilidade do art. 422, do CC de 2002,

O dispositivo apresenta [...] insuficiências e deficiências, na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a sua execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento.

De qualquer forma, “a ausência do princípio expresso [...] não é óbice para sua aplicação” (VENOSA, 2010, p. 494). Esta assertiva, por evidente, encontra total respaldo de validade às relações contratuais de consumo, em conformidade com o art. 4º, do CDC.

O que se busca na proteção contratual do CDC, essencialmente, é a manutenção de um equilíbrio das respectivas obrigações contratuais, através da “[...] própria conscientização do desequilíbrio existente entre as partes” (DONATO, 1994, pp. 237-238), nas quais o fornecedor de produtos ou serviços jamais deve auferir ganhos indevidos à custa da vulnerabilidade do consumidor.

Desta forma, confere-se legitimidade ao princípio da equivalência contratual no CDC, a respeito do qual leciona Rizzatto Nunes (2005, p. 662):

O chamado princípio da equivalência contratual tem aplicação na lei consumerista, mas sempre com vistas à manutenção de um equilíbrio entre prestações e contraprestações em relação não só ao objeto, mas também às partes, na medida em que é o consumidor vulnerável e hipossuficiente.

Neste contexto, frente à boa-fé objetiva, bem como de todos os deveres anexos dela provenientes, é inconcebível que nas relações de consumo o fornecedor peque em seu dever de diligência, sempre devendo agir de boa-fé, sem medir esforços como garantia de respeito aos deveres de lealdade, cooperação, cuidado, transparência e todos os demais que, de alguma forma, se espere estejam presentes no contrato de consumo.

Deste modo, na continuidade do presente trabalho se irá expor uma reflexão sobre a prática pós-contratual da cobrança indevida em relações consumeristas à luz dos princípios da boa-fé objetiva, da ordem econômica e de todas as demais diretrizes do CDC até então trabalhadas.

3 REFLEXÕES ACERCA DA COBRANÇA INDEVIDA PROVENIENTE DE RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1 Análise da cobrança indevida à luz do dever anexo de cuidado e sua configuração

Incontestável que o ato de cobrar o adimplemento de dívida se caracteriza por direito legítimo ao credor, constituindo-se em atividade perfeitamente aceitável no cotidiano da sociedade de consumo e, por evidente, em nenhum momento o CDC busca se opor ou dificultar o exercício de tal direito. O que se almeja, através do CDC, em verdade, é a imposição de limites às diferentes formas de cobrança, coibindo-se que o exercício regular de direito do credor se achesse aos direitos fundamentais do devedor, devido a excessos ou condutas desnecessárias.

Nesse mesmo sentido tem-se a lição de Rizzatto Nunes (2005, p. 625), para o qual “a cobrança de uma dívida é ação regular do credor em relação ao devedor. A Lei n. 8.078, obviamente, não a impede. O que está proibido é a chamada cobrança abusiva”.

Assim,

cobrança é qualquer tentativa de recebimento de valores, podendo ocorrer por meio de emissão de documento, mensagens escritas ou eletrônicas, telefonemas, entre outros. A fatura de cartão de crédito na qual consta despesa indevida é cobrança, uma vez que consiste em inequívoca tentativa de recebimento. O envio de carta de mencionando a existência de débito e solicitando contato é forma de cobrança. O envio de notificação do administrador do banco de dados (art. 43) avisando o consumidor de sua iminente inserção no cadastro restritivo de crédito é forma de cobrança, porque também visa que o consumidor pague o alegado débito (SILVA NETO, 2013, p. 574)

Partindo-se da simples leitura do art. 42 do CDC²¹, não restam dúvidas acerca da vedação legal de qualquer forma intolerável de exposição do consumidor inadimplente ao ridículo, além de que este não poderá ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, bem como não deverá ser cobrado por valores considerados indevidos.

²¹ *In verbis*, “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Salienta-se o uso da expressão “forma intolerável de exposição do consumidor inadimplente” pelo simples fato de que, nos ensinamentos de Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 231),

[...] é certo que uma cobrança de dívida sempre traz um potencial, por mínimo que seja, de exposição ao ridículo. Afinal, ninguém gosta de ser cobrado. Por isso o legislador exige, para a configuração da infração, que a exposição seja injustificável. Esta tem lugar quando o ato da cobrança pode ser efetuado sem tal exposição.

Claro que tal limitação não significa absoluto impedimento de cobrança, do que não restam dúvidas. Assim, as alegações de que o CDC teria subtraído o poder do credor de exercer seu legítimo direito de cobrança é totalmente ilógico.

Neste ponto, ao tratar do abuso de exercício de cobrança, Antônio Herman V. Benjamin (2007, pp. 231-232, grifos no original) expôs que:

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

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

Consoante anteriormente visto, toda e qualquer relação de consumo deve ser regida pelo princípio da boa-fé objetiva, desde a fase de formação contratual até a pós-contratual, devendo as partes, especialmente o fornecedor de produtos ou serviços, valerem-se dos seus consequentes deveres anexos.

Aplicando-se tal preceito de proteção contratual ao dispositivo do art. 42 do CDC, atenta-se que “essa parte do Código não se preocupa com a formação do contrato de consumo. Limita-se a reger alguns aspectos de sua implementação (execução) pelo fornecedor” (BENJAMIN, 2007, p. 228).

Por consequência, tanto quanto é defeso o uso de meios de cobrança ofensivos à honra do consumidor inadimplente, também é estritamente vedada a prática de cobrança de valores indevidos, sejam eles cobrados com espedaço em contratação inexistente ou referindo-se a valores acima do pactuado pelas partes contratantes.

No que se refere à cobrança indevida, a sistemática do CC de 2002, em seu art. 940, guarda certa semelhança com o dispositivo do art. 42 do CDC, em seu parágrafo único. Porém, na sua distinção, destacam-se, segundo os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 203), no dispositivo civilista,

[...] características próprias, como se denota cotejando as duas normas. Para o CDC bastará que o consumidor tenha sido cobrado (judicial ou extrajudicialmente – usa-se ali o verbo *cobrar*), enquanto pelo Código Civil será preciso cobrança judicial (refere-se a *demandar*), vale dizer, ação de cobrança pelo menos ajuizada [...] (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 203)

Logo, caracteriza-se a cobrança indevida na esfera Civil tão-somente se o credor demandar o devedor por valores que saiba ou deva saber serem indevidos, aplicando-se sanção civil ao demandante em duas hipóteses distintas: (i) caso o credor “[...] demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas [...]”²², deverá ele pagar ao demandado quantia equivalente ao dobro do que houver cobrado; e (ii) o credor demandar o devedor em valor superior ao devido, caso em que ficará obrigado a pagar ao demandado o valor equivalente ao do que dele exigir. Em suma, objetiva-se punir aquele que busca se valer da máquina do judiciário para, injustificadamente, se prevalecer injustamente sobre a pessoa do devedor.

Já no CDC, o art. 42, em seu parágrafo único, tratou de deixar claro que deve haver a cobrança de valores indevidos e, obviamente, se tratar de relação de consumo, para então se ter caracterizado a respectiva punibilidade do credor.

Mas, sobre a cobrança indevida de natureza consumerista dever se dar pela via judicial ou extrajudicial, para então se poder aplicar a sistemática procedimental do CDC, tem-se o entendimento doutrinário dividido.

Segundo o autor Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 233): “no plano objetivo, a multa civil só é possível nos casos de cobrança *de dívida*; além disso, a cobrança deve ser *extrajudicial*; finalmente, deve ela ter por origem uma dívida *de consumo*”, e conclui o autor que, “sem que estejam preenchidos esses três pressupostos, aplica-se, no que couber, o sistema geral do Código Civil” (2007, p. 233, grifos no original).

Esse entendimento é polêmico e questionável, pois remete à interpretação subjetivista da respectiva sanção civil pela irregular cobrança contra o vulnerável consumidor, já que (conforme melhor se explicará na *seção terciária* numerada como “3.3.1”) se exigir que a cobrança indevida de dívida de consumo, quando cobrada judicialmente, siga os trâmites do CC de 2002, necessariamente significará afirmar que também se deverá ter comprovada a má-fé do credor, tarefa esta que será de extrema dificuldade ao vulnerável consumidor.

²² CC de 2002: art. 940.

Posto isso, caso se aplique o entendimento de que apenas a cobrança de consumo extrajudicial autoriza a aplicabilidade da sistemática do CDC, consequências desastrosas à ordem econômica podem suceder dessa prática abusiva²³; pois, além de flagrante ofensa ao vulnerável consumidor, tem-se caracterizada a prática de concorrência desleal, onde uma empresa negligente para com o dever de cuidado nas relações de consumo – ante as possíveis arrecadações provenientes de cobranças indevidas, normalmente despercebidas pelos consumidores –, vem a adquirir maior poder econômico frente às suas concorrentes que, por ventura, se diligenciem por honrar a boa-fé objetiva e fazer valer seu respeito ao consumidor.

Posto que seja absurda e dificilmente imaginável tamanha deslealdade, ainda assim é extremamente comum se observar a prática de cobrança indevida por grandes fornecedores no mercado de consumo atual, sendo tal abusividade um dos maiores alvos de reclamações junto aos órgãos de proteção do consumidor, conforme se pode observar no seguinte trecho extraído de notícia intitulada como *Número de queixas sobre cobranças indevidas aumenta 16% em SP*²⁴, publicada em jornal de grande circulação nacional:

O Procon de São Paulo registrou, no primeiro semestre de 2013, quase 45 mil reclamações, 16% a mais que no mesmo período do ano passado. As operadoras de telefonia móvel lideram o número de registros. As principais queixas são a migração da conta de pré para pós-pago e o aumento do valor do plano sem autorização do cliente.

Também são alvos de insatisfação TVs por assinatura, bancos e empresas de cartão de crédito. A reclamação mais comum contra eles é a cobrança de tarifas por serviços que o cliente não pediu. [...] (BIAZZI, Renato. 2013)

Ao abordar a prática abusiva do art. 39, inciso III, do CDC, referindo-se à habitual e inconcebível prática abusiva de cobrança por fornecimento de serviço não autorizado pelo consumidor, mais especificamente no que se refere às *cobranças de seguros não solicitados*, Orlando Celso da Silva Neto leciona (2013, p. 533) que:

Essa prática é extremamente vantajosa para os fornecedores que dela se valem. Para o consumidor individual, o valor é pequeno, e muitos não passam pelo trabalho de obter o cancelamento e reembolso (que, nesse caso, deve ser em dobro) junto à instituição, cancelamento esse que é muitas vezes dificultado pela própria. Para a instituição, entretanto, a prática é extremamente vantajosa, uma vez que multiplicada para seus milhares de consumidores. É em casos como esses que a proteção coletiva se torna indispensável [arts. 81 e ss, do CDC].²⁵

²³ Em que pese a cobrança indevida não constar expressamente prevista no rol exemplificativo do Art. 39, do CDC (*Das Práticas Abusivas*); entende-se perfeitamente aplicável sua inserção na vedação do *caput* do referido artigo, mesmo porque o texto legal explicitou seu caráter ampliativo ao expor, na segunda parte do *caput*, “[...] dentre outras práticas abusivas”.

²⁴ Fonte: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/09/numero-de-queixas-sobre-cobrancas-indevidas-aumenta-16-em-sp.html>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

Outrossim, cumpre destacar que a cobrança indevida pode perfeitamente ser caracterizada como prática abusiva, tendo em vista se tratar de exigência de vantagem manifestamente excessiva em desfavor do consumidor, o que é expressamente vedado pelo art. 39, inciso V, do CDC.

A respeito da prática abusiva prevista em art. 39, inciso V, do CDC, ensina Guilherme Fernandes Neto (1999, p. 130) que:

Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva – conforme o disposto no art. 39, V, do CDC – é uma prática comercial que traduz, por excelência, o abuso do direito nas relações de consumo. A vantagem pode ser exigida em razão de um contrato concluído, ou a prática abusiva pode se dar de forma abstrata, quando o fornecedor a exige de maneira genérica, do mercado de consumo, ou mesmo quando dirige a um consumidor determinado uma oferta que possibilite vantagem excessiva. Tal vantagem excessiva pode ser exigida em qualquer das fases da relação de consumo, tanto na pré-contratual, na fase denominada de conclusão ou “fechamento” – quando o contrato se ajusta –, ou mesmo na fase de execução do negócio jurídico (FERNANDES NETO, 1999, p. 130).

Destarte, além de se constituir a cobrança indevida em inaceitável desrespeito ao dever de cuidado, anexo à boa-fé objetiva, nas relações de consumo, tal conduta deve ser observada nos conformes das práticas abusivas, uma vez que,

de maneira concisa, práticas abusivas são ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. São práticas que, no exercício da atividade empresarial, excedem os limites dos bons costumes comerciais e, principalmente, da boa-fé, pelo que caracterizam o abuso do direito, considerado ilícito pelo art. 187 do Código Civil. Por isso são proibidas (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 149).

No que se refere à necessidade de se concretizar ou não o efetivo pagamento dos valores indevidamente cobrados, a fim de que o consumidor tenha ou não direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, consoante leciona Orlando Celso da Silva Neto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina se dividem.

Da jurisprudência, destaca-se o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina²⁶:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TELEFONIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA E PAGAMENTO DE VALORES EM EXCESSO. RESTITUIÇÃO DEVIDA. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. A partir do momento em que restou comprovado o fato de que a empresa de telefonia cobrou por serviços não solicitados e que o consumidor pagou por eles, a restituição dos valores pagos indevidamente deve ser realizada nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE OS VALORES REFERENTES À REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ÍNDICES. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. Sobre o valor a ser restituído deverá incidir

²⁶ Usar-se-á, do decorrer da presente pesquisa, a sigla “TJSC” como expressão de Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

correção monetária pelo INPC, a contar da data do desembolso, até a data da citação, quando então deverá ser aplicada apenas a Taxa Selic, que compreende tanto os juros como a correção monetária. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE REFORMADA. RECURSO EM PARTE PROVIDO PARA **EXCLUIR DA CONDENAÇÃO A REPETIÇÃO DE INDÉBITO DOS VALORES QUE A AUTORA NÃO COMPROVOU A QUITAÇÃO**. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS ÍNDICES DOS ENCARGOS DE MORA.²⁷ (Apelação Cível n. 2011.090489-8, de Joaçaba, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 04-09-2012, grifou-se).

Em análise ao apresentado julgado do TJSC, pondera-se que somente se consideram valores indevidamente cobrados para fins de repetição em dobro aqueles que o consumidor comprove ter quitado, caso contrário, ao que parece, não haveria quaisquer danos absorvidos pelo consumidor a serem reparados.

Orlando Celso da Silva Neto, contrariamente ao entendimento proferido pelo TJSC, defende que:

[...] Exigir o pagamento daquilo que é indevido (e não justificável [...]) como condição prévia para que o fornecedor que pratica ato ilícito seja penalizado seria conceder excessiva e indevida proteção a este, ao mesmo tempo que colocaria o consumidor em situação complicada, uma vez que já está sendo objeto de cobrança ilícita.

Dessa forma, colocar o fornecedor em posição de vantagem desproporcional, situação que, á toda evidência, não se coaduna com o espírito do Código, não é a melhor solução. É claro que, não havendo pagamento, não há falar em “devolução”, mas sim no pagamento indenizatório de soma igual ao indevidamente cobrado (SILVA NETO, 2013, p. 574).

Por outro lado, Sergio Cavalieri Filho (2011, pp. 203-204, grifos no original) defende que “o consumidor, todavia, só terá direito à devolução em dobro daquilo que **efetivamente tiver pago em excesso**, não bastando a simples cobrança, como no regime civil”.

Igualmente seguindo a tese pela qual deve o consumidor efetivamente efetuar o pagamento dos valores indevidamente cobrados, defende Rizzatto Nunes (2005, p. 631): “[...] a lei não pune a simples cobrança [...]. diz que há ainda a necessidade de que o consumidor tenha pago”; e continua, nessa direção, expondo que: “[...] para ter direito a repetir em dobro, é preciso que a cobrança seja indevida e que tenha havido pagamento pelo consumidor” (NUNES, 2005, p. 631).

Contudo, este último entendimento, pelo qual somente o efetivo pagamento do consumidor, provocado pela cobrança indevida, ensejaria a sanção do parágrafo único do art. 42 não deve prevalecer, pelo que se afigura mais razoável e condizente com os princípios protetivos do consumidor; pois seguir referida linha de raciocínio significa enfraquecer

²⁷ Disponível em: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=cobrança indevida não pagou CDC&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAO16gAAF&categoria=acordao](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=cobrança+indevida+não+pagou+CDC&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAO16gAAF&categoria=acordao)>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

sobremaneira a sistemática de defesa do consumidor, na medida em que se estará facilitando que fornecedores, meramente negligentes ou de má-fé (o que dificilmente se consegue provar), lancem mão de cobranças indevidas pelas formas mais variadas possíveis – conforme anteriormente se destacou o fato de tal prática vir ocorrendo com habitualidade no mercado atual –, a fim de locupletar-se à custa das reconhecidas dificuldades de organização do consumidor, que se torna alvo fácil diante da quase impossibilidade de se tomar ciência, com exatidão, da procedência de todos os valores que lhe são cobrados no cotidiano da vida civil dos tempos atuais.

No que diz respeito ao valor da sanção a ser aplicada, ensina Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 236) que “a sanção nem sempre tomará por parâmetro o valor daquilo que foi pago, a não ser que este, por inteiro, seja indevido”. E explica o autor que: “o mais comum, em tais casos, é o consumidor pagar, a um só tempo, algo que é devido acoplado a algo que não o é. Só sobre este último é calculado, então, o *quantum* da sanção (o seu dobro), bem como os juros legais e correção monetária” (BENJAMIN, 2007, p. 236).

Essa explicação pela qual os valores cobrados indevidamente não se misturam com os considerados devidos, para fins de sanção civil, soa evidente, pois não faria qualquer sentido se impor a devolução em dobro também no que se refere aos valores devidamente cobrados pelo credor no contrato de consumo.

Afirmado isso, cumpre se explanar sobre a excludente de responsabilidade descrita na parte final do parágrafo único do art. 42, CDC, ao que se irá expor a seguir.

3.2 Excludente de responsabilidade: quando a cobrança indevida ocorre por engano justificável

No parágrafo único do art. 42, do CDC, em sua parte final, observa-se que o Código ressalvou a hipótese de engano justificável para determinados fatos ensejadores de cobrança indevida, sem esclarecer, contudo, de forma objetiva qual(is) fato(s) caracterizaria(m) tal justificativa, deixando-se tal tarefa ao interprete da lei.

Posto isso, a doutrina considera que “[...] justificável é aquela prática contratual cuja ilicitude não é ostensiva ou não é conhecida de antemão pelo fornecedor, ou

ainda aquela cobrança que deriva de erro não doloso do fornecedor. (SILVA NETO, 2013, p. 574)”.

Em conformidade com os ensinamentos de Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 235) “O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se”.

Outrossim, nesse mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 204, grifos no original) defende que, consumada a prática de cobrança indevida, “para se eximir da pena terá o fornecedor (credor) que provar o *engano justificável*, e este só ocorre quando não houver dolo ou culpa”.

No que tange à apresentação de prova da justificativa do engano ensejador da cobrança indevida, tal ônus incumbe sempre ao credor, motivo por que é desnecessária a invocação da inversão do ônus da prova fundamentada no art. 6º, inciso VIII, pois é evidente que ao consumidor lesado pela cobrança lhe é suficiente a simples demonstração da cobrança indevida, cabendo ao credor apresentar provas que esclareçam seu engano justificável, sob pena de necessariamente lhe ser imposta a sanção civil de repetir ao consumidor o equivalente em dobro dos valores indevidos.

Da possibilidade de demonstração do engano justificável, segundo Rizzato Nunes (2011, p. 632), consideram-se duas hipóteses através das quais poderá o credor apresentar prova da excludente de ilicitude:

- a) Se não houve por parte do consumidor cobrança extrajudicial do valor a repetir. Se existiu cobrança amigável, o credor deveria ter pago de volta pelo menos o valor singelo corrigido e acrescido de juros de mora legais. Se não o fez, não poderá, depois, ir a juízo alegando engano justificável. Nenhuma “justificação” é possível se ele resistir em devolver amigavelmente o que recebeu de forma indevida;
- b) se, não tendo havido cobrança amigável e ao ser citado no processo, o credor deposita incontinenti o valor cobrado, ainda que no quantum singelo. É que não pode o credor alegar engano justificável se antes não devolver a quantia singela acrescida de correção monetária e juros. Se resistiu pelo todo, não pode argumentar com engano, uma vez que, com a instauração do feito judicial, tornou-se plenamente ciente do problema havido. (NUNES, 2011, p. 632)

Conforme esclarece o autor supracitado, não há qualquer razão que justifique a excludente de ilicitude se depois de alertado/cobrado, extrajudicialmente, do indébito pelo consumidor, recusar-se o fornecedor a repetir os valores indevidamente cobrados e pagos, corrigidos monetariamente e acrescidos de mora, por evidente; e, como segunda hipótese, não havendo a cobrança extrajudicial do indébito pelo consumidor, após

citado do processo judicial proposto pelo consumidor, somente se, independente de intimação, imediatamente o fornecedor, ciente do engano justificável, se preste a realizar a devolução da quantia indevidamente recebida por ele, acrescendo-se, a tal valor, juros de mora e correção monetária.

Ao tratar da refutação da cobrança indevida e do respectivo ônus da prova, Claudia Lima Marques (1999, p. 635) alerta que:

[a cobrança indevida] pode ser ilidida se o fornecedor provar que o engano foi justificável. O ônus da prova cabe ao fornecedor e esta será uma prova muito difícil, pois no sistema do CDC o fornecedor deve, como profissional, dominar todos os tipos de erros prováveis em sua atividade, erros de cálculo, impressão do valor errado por computador, troca do nome nas correspondências etc. Em nossa opinião, não basta que inexistam má-fé, dolo ou mesmo ausência de culpa do fornecedor (negligência, imperícia e imprudência), deve ter ocorrido um fator externo à espera de controle do fornecedor (caso fortuito ou força maior) para que o engano (engano contratual, diga-se de passagem) seja justificável. Em matéria contratual a noção de “ausência de culpa” fica deslocada, pois o que há é dever, obrigação de fazer, de cumprir com o que se vinculou. O vínculo contratual exige cumprimento dos deveres principais, mas também dos chamados anexos, entre eles o de respeito, de cooperação e também o de cuidado e vigilância. O próprio vínculo contratual entre fornecedor (cobrador) e consumidor (devedor) impõe que a cobrança seja correta; sendo assim, as falhas serão imputadas ao fornecedor. (MARQUES, 1999, p. 635)

Igualmente nesse sentido, leciona Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 235, grifos no original):

a prova da *justificabilidade* do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor.

Cumprido destacar que o engano justificável na cobrança indevida de natureza consumerista independe de má-fé, diferente do que ocorre na cobrança indevida em matéria de Direito Civil, onde se deve ter demonstrada a má-fé do credor.

Posto isso, em consonância com as instruções de Orlando Celso da Silva Neto (2013, p. 575), é “importante ter em mente que o engano pode ser injustificável sem que tenha ocorrido má-fé do fornecedor. Não devem ser confundidas as regras do art. 42 do Código, aplicáveis às relações consumeristas, com as do art. 940 do Código Civil, aplicáveis às relações civis”.

Ao que se poderiam definir como excludentes de ilicitude da cobrança indevida, Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 235) entende ser “[...] justificável o engano quando decorrente de ‘vírus’ no programa do computador, de mau funcionamento da máquina, de demora do correio na entrega de retificação da cobrança original”.

Todavia, esse entendimento é questionável e deve ser afastado ao máximo, uma vez que se estaria transferindo ao vulnerável consumidor o ônus da cobrança indevida por problemas internos às obrigações do fornecedor, como manter seu sistema de informática sempre sob constante manutenção para seu bom funcionamento e, ante os deveres de cuidado e cooperação, não se quedar silente ante a possibilidade de haver demora na entrega de correspondência de retratação ao consumidor, buscando-se meios hábeis de alertá-lo para que ignore a cobrança indevida, já que o erro partiu de ação do fornecedor, na qual o consumidor não teve qualquer participação, motivo por que não deve ser prejudicado pela mera justificativa de demora do correio ou existência de “vírus” no sistema do fornecedor.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 204) defende que “não caracteriza engano justificável o erro de cálculo, falha na computação, mau funcionamento da máquina, demora no correio etc”.

Igualmente, encontra-se na jurisprudência atual o entendimento de que a falha de sistema do cobrador não enseja engano justificável, conforme se extrai do seguinte entendimento consolidado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul:

TELEFONIA FIXA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPUGNAÇÃO DE FATURAS COM VALORES EXORBITANTES. RECONHECIMENTO DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIROS, DENOMINADA “GOLPE DO SIGA-ME”. EVIDENTE FALHA NO SISTEMA OPERACIONAL DA EMPRESA DE TELEFONIA QUE PERMITE A OCORRÊNCIA DE FRAUDES. DIREITO À REPETIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE. SENTENÇA MANTIDA. [...] ²⁸

No Acórdão supracitado a empresa fornecedora de serviços teve seu sistema invadido e, assim, possibilitou-se a prática de fraudes pelo invasor (que nenhuma relação contratual possuía com a empresa ou o vitimado consumidor). Ante o ocorrido, eis que o consumidor sofreu cobranças de valores exorbitantes e indevidos, dos quais o fornecedor buscou se eximir mediante defesa de engano justificável, haja vista o fato de as cobranças terem sido lançadas por terceiro fraudador, tese esta que foi rechaçada pela competente Turma Recursal, responsabilizando-se a ré que sofreu a sanção do parágrafo único do art. 42, do CDC, independentemente da comprovação de ausência de má-fé ou culpa.

Ante todo o exposto, observa-se predominar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a tese pela qual a comprovação da ausência de má-fé por parte do credor na

²⁸ TJ-RS, Recurso Inominado nº 71003027653, de Pelotas. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71003027653&num_processo=71003027653&codEmenta=4350447>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

relação de consumo não necessariamente faz caracterizar o engano justificável, motivo por que a prova deste é de inestimável dificuldade ao fornecedor que incorre na cobrança de valores superiores ao devido ou não contratados pelo consumidor. Tal fato se dá em razão dos princípios da vulnerabilidade e da boa-fé objetiva nos contratos de consumo, em especial no que tange ao dever anexo de cuidado; logo, pode-se dizer que ao fornecedor restará a necessidade de empreender grandes esforços a fim de demonstrar comprovadamente seu engano ocorrido de maneira justificável, como caso fortuito, força maior ou fato do príncipe – a título de exemplo, imagine-se o caso onde, dolosamente, o consumidor simule determinada situação com o intuito de induzir o credor ao erro de cobrar indevidamente para, assim, tentar se beneficiar da sanção da devolução em dobro. Este exemplo é claramente absurdo, entre tanto possível, cabendo o ônus de tal prova ao fornecedor; pois, ainda que induzido ao erro, deve sempre agir com zelo e se omitir de cobrar prestações contratuais além do devido.

Obviamente, insta se observar, mesmo que se tenha caracterizada a hipótese de engano justificável pela cobrança indevida, “[...] ainda assim remanesce, obviamente, o direito de o consumidor repetir o valor singelo, acrescido de correção monetária e juros legais” (NUNES, 2011, p. 632).

Assim, vencida a conceituação de engano justificável e sua análise conjunta com os deveres anexos à boa-fé objetiva e da vulnerabilidade, adentrar-se-á a uma maior exploração da aplicabilidade da penalização descrita em parágrafo único do art. 42 do CDC em sua conformidade com o princípio da boa-fé objetiva.

3.3 A penalização prevista em Parágrafo Único do Art. 42 da Lei nº. 8.078/90

3.3.1 Reflexões acerca da responsabilização pela cobrança indevida diante da (in)existência de má-fé ou culpa na conduta do credor

Tendo-se previsto em art. 42, parágrafo único, do CDC, é cabível a aplicação de uma pena de natureza civil ao credor que incorrer na cobrança de quantia indevida do consumidor, *in verbis*: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Resta evidente no texto legal que no caso de haver cobrança indevida em relação de consumo, “a pena é a **devolução em dobro da quantia paga em excesso**. É outra prática abusiva recorrente na fase da execução do contrato ou na pós-contratual” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 203, grifos no original).

Como se pode observar, não há quaisquer dúvidas de que o parágrafo único do art. 42 do CDC possui como principal objetivo sancionar o fornecedor pelo desrespeito ao dever de boa-fé ao efetuar cobrança de valores indevidos, o que ocorre mediante aplicação de uma espécie de multa ao credor pelo rompimento dos princípios da lealdade e vigilância, os quais, conjuntamente, servem de liame à confiança das partes no fiel cumprimento do contrato; por consequência, “[...] a restituição em dobro serve, assim, como uma espécie de multa, de sanção legal” (MARQUES, 1999, p. 653).

Contudo, ao se tratar da necessidade de se demonstrar a existência de culpa ou má-fé na conduta do fornecedor, tem-se a doutrina dividida em duas correntes: a primeira, de concepção subjetiva, entende aplicável a súmula nº 159²⁹, do STF, também à sistemática do CDC, a partir da qual a cobrança indevida praticada de boa-fé isentaria o credor da repetição do indébito em dobro, em analogia ao previsto no art. 1.531, do CC de 1916; ao passo em que a segunda corrente, de concepção objetiva, refuta qualquer necessidade de se demonstrar se houve má-fé ou culpa por parte do credor ao valer-se de cobrança indevida em relação consumerista.

Em crítica à primeira corrente, defende Luiz Cláudio Carvalho de Almeida (2005, p. 161) que se instituir a aplicação da súmula 159, do STF, tanto às cobranças indevidas observadas nas relações de Direito Civil quanto às de consumo é de repercussão temerária, haja vista que “[...] tal entendimento além de enfraquecer o sistema de proteção do consumidor, contraria as diretrizes teóricas que o norteiam”.

Nesta monta, faz-se imperativa a interpretação do parágrafo único do art. 42, do CDC, em consonância com a doutrina de concepção objetiva, uma vez que, tratando-se de relação de consumo, é irrelevante qualquer demonstração da existência de culpa ou má-fé na conduta comissiva ou omissiva do fornecedor que incide em cobrança indevida, pois não à toa se constitucionalizou toda a sistemática da especial defesa do consumidor, considerando-o, *iuris et iure*, vulnerável para todos os efeitos.

²⁹ Diz o verbete sumular, *in verbis*: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1531 do Código Civil”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

Além do mais, adotou-se o princípio da boa-fé objetiva à íntegra do sistema do CDC, princípio tal que se basta pelo resultado da conduta em si, independentemente do ânimo do agente na conclusão da mesma. Caminho distinto não poderia ter tomado o Código, mesmo porque, no intuito de melhor defender o consumidor, se lhe foi conferido o status de lei geral (apesar da sua evidente natureza de norma especial), objetivando-se, assim, afastar qualquer possibilidade de conflito entre as normas e princípios do CDC para com a norma civilista, sobremaneira se da aplicação do CC de 2002 decorrer prejuízos à defesa do consumidor.

Cumprido salientar que, além de o CC de 2002 exigir comprovação de má-fé para a aplicação da respectiva sanção da cobrança indevida, dever-se-á ocorrer tal cobrança apenas pela via judicial, ao passo em que a cobrança indevida de relações consumeristas, em princípio, pode se dar tanto pela via judicial quanto pela extrajudicial.

Como já se observou em *capítulo 3.1*, há entendimento de que a cobrança indevida pela via judicial remeteria o consumidor ao resguardo da sistemática do CC de 2002, pois não haveria por que o CDC se sobrepor ao CC de 2002 com regulamentação de norma cuja eficácia seria idêntica à civilista.

Esse entendimento, conforme razões já expostas anteriormente encontra-se em total desconformidade para com a ordem principiológica do CDC frente à Constituição Federal de 1988; porém, em sentido oposto se dá o entendimento de Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 234), para o qual, tratando-se de dívida de consumo, aplica-se a sanção do CDC “[...] tão-somente àquelas cobranças que não têm o *múnus* do juiz a presidi-las. Daí que, em sendo proposta ação visando à cobrança do devido, mesmo que se trate de dívida de consumo, não mais é aplicável o citado dispositivo, mas, sim [...] o Código Civil”. Tal distinção decorre basicamente em razão de o CC de 2002 se valer do termo “demandar”, enquanto o CDC empregou o verbo “cobrar”.

Perfunctoriamente, tal discussão pode aparentar certa irrelevância, haja vista o fim almejado por ambas as normas ser exatamente o mesmo: punir o credor descuidado com a repetição do indébito em dobro. Todavia, grande problemática desse entendimento surge quando se reflete a respeito da (des)necessidade de análise e comprovação da má-fé na conduta do credor ao cobrar débito indevido de natureza consumerista, valendo-se para tanto da via judicial, situação na qual, conforme defende Antônio Herman V. Benjamin, reitera-se, o procedimento judicial dever-se-á ocorrer com espeque no art. 940, do CC de 2002, onde o ônus da prova é da parte que alega, ou seja, as alegações de cobrança indevida, a fim de haver

repetição em dobro, devem ser acompanhadas de prova da má-fé do credor, ao invés do previsto na sistemática de defesa do consumidor.

Na doutrina de concepção subjetiva, a respeito da pertinência de se demonstrar a existência de má-fé ou culpa do credor para ensejar sanção à cobrança indevida, destaca-se a lição de Antônio Herman V. Benjamin (2007, p. 235, grifou-se), para o qual, “no Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial [CDC], **tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição**”, ou seja, para o autor, há a necessidade de análise da presença de elemento subjetivo, dolo (má-fé) ou culpa, na conduta do fornecedor que incorre no descuido de cobrar valores indevidos do consumidor.

Pode-se deduzir que a principal base de sustentação da doutrina subjetivista, ainda com certo prevalecimento na jurisprudência, reside no receio de o Código amparar o enriquecimento sem causa por parte do consumidor, forma de enriquecimento repudiada pelo judiciário.

Nesse sentido, ao comentar o parágrafo único do art. 42 do CDC, Arruda Alvim (1991, p. 101) receia que:

[...] interpretando-se literalmente este parágrafo único, diante de toda e qualquer hipótese concreta, tal interpretação poderia levar a que o consumidor inescrupuloso dela se tentasse beneficiar, nada alegando se fosse indevidamente cobrado, ainda que tivesse consciência de ser a cobrança indevida, com o escopo de vir a receber em dobro, aquilo que pagasse indevidamente e, pois, vindo a enriquecer sem causa, o que, evidentemente, não se pode admitir.

Esses anseios da suposta benevolência normativa ao enriquecimento sem causa, contudo, não deve prevalecer, pois empregar a boa-fé subjetiva como parâmetro de interpretação do que seria engano justificável suficiente ao afastamento da responsabilidade do fornecedor pela cobrança indevida e, por consequência, não lhe impor punição pela falta de zelo e qualidade das suas obrigações, implica em retrocesso da norma protetiva, podendo-se, assim, ocasionar um colapso da sistemática de proteção do consumidor.

Em contraposição à doutrina de concepção subjetiva, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 204, grifos no original) leciona que, diferentemente do CC de 2002, “no Código de Defesa do Consumidor, a pena pela cobrança indevida é mais rigorosa porque **basta a cobrança indevida**; não exige má-fé”.

Nesse mesmo sentido, infere-se das lições de Claudia Lima Marques (1999, p. 635, grifos no original) que “o próprio *vínculo* contratual entre fornecedor (cobrador) e

consumidor (devedor) impõe que a cobrança seja correta; sendo assim, as falhas serão imputadas ao fornecedor”.

Além do mais,

O CDC teria assim instituído uma imputação objetiva do erro na cobrança ao fornecedor, semelhante àquela que imputou com referência do defeito do produto ou serviço. Este parece ter sido o caminho utilizado pelo CDC brasileiro, que estipulou uma regra especial no art. 42 para falha na cobrança de contratos de consumo, isto é, para o descumprimento do dever contratual de correção na exigência das prestações contratuais, impondo uma sanção, o pagamento em dobro da quantia paga a mais (MARQUES, 1999, pp. 635-636)

Conforme sustenta a autora, pode-se inferir que o CDC adotou, como regra, a responsabilidade objetiva do fornecedor pela cobrança indevida, tal qual se observa na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço³⁰. Por evidente, considera-se que é este o entendimento que indubitavelmente deve prevalecer, pois perfeitamente consonante à especial sistemática do CDC.

Contudo, ainda hoje se pode observar certo temor da jurisprudência em se valer da punibilidade da repetição em dobro nos conformes do CDC, certamente por se procurar repelir ao máximo o enriquecimento sem causa, o que se vem denominando como *jurisprudência defensiva*.

Nesse ponto, faz-se fundamental a exposição das lições de Claudia Lima Marques (2006, p. 593), ao ensinar que:

[...] Prevista como uma sanção pedagógica e preventiva, a evitar que o fornecedor se “descuidasse” e cobrasse a mais dos consumidores por “engano”, que preferisse a inclusão e aplicação de cláusulas sabidamente abusivas e nulas, cobrando a mais com base nestas cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou de seu “poder” na cobrança, mas como um fonte de enriquecimento “sem causa” do consumidor. Quase que somente em caso de má-fé subjetiva do fornecedor, há devolução em dobro, quando o CDC, ao contrário, menciona a expressão “engano justificável” como a única exceção. Mister rever esta posição jurisprudencial [...].

Ainda, a supracitada doutrinadora justifica a necessidade de alteração da jurisprudência na ideia pela qual:

[...] A “causa” do enriquecimento do consumidor neste caso é o contrato e o abuso do fornecedor; em outras palavras, o enriquecimento é legítimo e legitimado justamente pelo parágrafo único do art. 42 CDC, visando socialmente atingir uma maior boa-fé, lealdade, cooperação e cuidado na cobrança de dívidas [...] (MARQUES, 2006, p. 593).

³⁰ Vide art. 12 e ss, do CDC.

Tal como já se expôs em capítulo anterior, há acentuada semelhança entre o parágrafo único do art. 42 do CDC e o art. 940, do CC de 2002, o que certamente pode influenciar em muito na manutenção de entendimentos jurisprudenciais equivocados, o que é inaceitável em termos de defesa do consumidor, pois, como já se tem consolidado, no caso da lei civilista se exige comprovação da má-fé do credor ao efetuar a indevida cobrança, a qual necessariamente deve se dar pela via judicial, diferentemente do que deve ocorrer pela sistemática do CDC.

Nesse sentido inclusive já sumulou o Supremo Tribunal Federal (Súmula 159), em período de vigência do Código Civil de 1916, quando tal matéria ainda competia ao STF, onde expressamente se descreveu a existência de boa-fé na cobrança excessiva não ensejaria a sanção do art. 1.531, ao CC de 1916³¹; logo, em evidente interpretação textual, o verbete 159 do STF não faz qualquer referência à cobrança excessiva derivada de relação de consumo.

Em consonância com o entendimento de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 204, grifos no original):

[...] no Código de Defesa do Consumidor, a pena pela cobrança indevida é bem mais rigorosa porque **basta a cobrança indevida**; não exige a má-fé. Para se eximir da pena terá o fornecedor (credor) que provar o engano justificável, e este só ocorre quando não houver dolo ou culpa. [...] (CAVALIERI FILHO, 2011, p.204, grifos no original).

Seguindo-se nesse diapasão:

O que se pretende asseverar é que mesmo em situações em que não se possa imputar culpa ao fornecedor o dano acontece.

Negar a indenização nesses casos seria imputar ao consumidor o ônus de suportar os danos decorrentes do equívoco, o que não se coaduna com os princípios vetores do Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais se destacam os princípios da vulnerabilidade e o da confiança (ALMEIDA, 2005, p. 170).

Logo, devem-se considerar tão-somente as hipóteses de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe como engano justificável, pois não faz qualquer sentido, nos conformes da sistemática protetiva do CDC, se impor a necessidade de análise subjetiva da conduta do credor na cobrança indevida, tal qual ocorre na esfera civil, mesmo porque, quando em juízo, o ônus da prova ao consumidor seria de extrema dificuldade, próxima ao que se denomina prova diabólica ou impossível.

Sobre a prova impossível no CDC:

“[...] quando a prova é impossível ou muito difícil ao consumidor, e possível ou mais fácil ao fabricante ou ao fornecedor, a inversão do ônus da prova se destina a

³¹ Cujas redações se manteve praticamente idêntica na criação do art. 949, do CC de 2002.

dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do art. 333, incumbiria ao autor. Agora não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar – na sentença – a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar” (MARINONI, 2011, p. 277, grifos no original)

Assim, uma vez que o ônus da prova se torne impossível ou muito difícil ao consumidor, não há razão para se prejudicar o consumidor nesse sentido, ao lhe impor a comprovação de culpa ou má-fé do fornecedor pela cobrança indevida de natureza consumerista, tratada pelos princípios do CC de 2002, significa determinar ao consumidor a absorção do dano perante a impunidade do fornecedor descuidado ou de má-fé dificilmente comprovável.

Ante todo o exposto, investigar-se-á interpretação do parágrafo único do art. 42, do CDC, em sua identidade junto à doutrina alienígena das *punitive damages* como ferramenta de garantia ao equilíbrio nos contratos de consumo.

3.3.2 A sanção da cobrança indevida como modalidade de *Punitive Damages*

Para de possibilitar a busca por uma possível interpretação da sanção civil proveniente da cobrança indevida, em relação de consumo, sob a óptica da doutrina anglo-saxônica das *punitive damages*, faz-se importante se iniciar tal exposição através de breve definição da respectiva teoria, valendo-se, para tanto, dos estudos de André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 195, *apud* SCHLUETER, 2000, p. 20), para quem as *punitive damages* são,

[...] usualmente denominados *exemplar damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.

Em apertada síntese, a indenização punitiva (*punitive damages*) seria uma indenização com intuito de impedir que o agente ofensor e/ou outros incorram em conduta similar à que deu base ao processo judicial, aplicando-se precipuamente à responsabilidade extracontratual subjetiva, mais especificamente como punição exemplar aplicada ao ofensor.

Logicamente o parágrafo único do art. 42, do CDC, objetiva a reparação de dano patrimonial proveniente de desrespeito contratual, punindo-se o credor à repetição em dobro do equivalente ao indevidamente cobrado, somando-se ao montante sua correção

monetária e devidos juros legais. No entanto, vale salientar, o Código não exclui a possibilidade de indenização a título de danos morais ao consumidor lesado em decorrência da cobrança indevida, a depender do caso concreto.

Nesse sentido,

Se por qualquer motivo o consumidor sofrer dano material (p. ex., teve de contratar advogado e pagar honorário e despesas) e/ou dano moral em função da cobrança indevida, tem direito a pleitear indenização, por força das regras constitucionais e legais aplicáveis (CF, art. 5º, X; CDC, art. 6º, VI). Isso independentemente de o consumidor ter pago a quantia indevidamente cobrada. Se o fez, então pode cumular o pedido de repetição de indébito em dobro com o da indenização por danos materiais e/ou morais (NUNES, 2011, p. 633).

Exemplo típico de dano moral observável em razão de cobrança indevida é o caso de o consumidor que, certo da irregularidade da cobrança, se recusa a pagar a quantia indevida e, por isso, acaba por ter seu nome indevidamente enviado para cadastro ou banco de dados de devedores maus pagadores.

Uma vez que o CDC tem o escopo inexorável de defender o vulnerável consumidor, garantindo-se o real equilíbrio na relação contratual consumerista, não há por que se deixar de estender os preceitos da doutrina das *punitive damages* à sistemática de proteção e defesa do vulnerável consumidor.

A partir do momento em que o CDC perfilhou a boa-fé objetiva à sistemática de defesa do consumidor e impôs a sanção da repetição em dobro do indébito ao fornecedor descuidado, tornou-se reluzente a função pedagógica almejada pelo Código no mencionado dispositivo.

Seguindo esse mesmo raciocínio:

A irrelevância da presença do dolo ou culpa para se concluir pelo dever de indenizar prende-se à constatação de que o sistema de defesa do consumidor é todo baseado em critérios objetivos de aferição de atendimento à chamada teoria da qualidade. Assim sendo, a sanção em tela tem função pedagógica e inibidora de condutas lesivas ao consumidor, tendo em vista em maior grau o interesse social no controle das imperfeições do mercado do que propriamente o interesse particular do consumidor individualmente considerado. Permite-se, assim, vislumbrar no dispositivo legal em comento hipótese de aplicação das chamadas *punitive damages* (indenizações com finalidade punitiva) no Brasil (ALMEIDA, 2005, p. 171)

Ao expor acerca da responsabilidade extracontratual subjetiva junto à doutrina anglo-saxônica, Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 98, grifos no original) ensina que: “a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuasão*) e a punição (no sentido de *redistribuição*)”.

Por outro lado, o caráter punitivo atribuído à indenização gera polêmica na doutrina, ao passo em que: “a principal razão alegada por aqueles que não admitem o caráter punitivo da indenização pelo dano moral é o fato de não termos regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção; pelo contrário, as que existem sinalizam no sentido oposto [...]” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98).

Evidente que se deve ter muita cautela na incorporação da referida doutrina estrangeira, uma vez que o caráter pedagógico almejado pelo dano moral na atual legislação civilista brasileira em nada se confunde com a indenização punitiva comumente observada na *Common Law*. Nesta, leva-se em conta o poder econômico do ofensor perante a vítima, aplicando-se, a depender do caso, indenizações de valores consideravelmente altos como forma de punição exemplar ao ofensor, ao passo em que o entendimento jurídico brasileiro repudia qualquer possibilidade de enriquecimento além do proporcional ao dano da vítima, o que se denomina enriquecimento sem causa.

Além da ausência de regulamentação, outra importante crítica em desfavor à incorporação da indenização punitiva ao judiciário brasileiro reside justamente no excesso do *quantum* indenizatório observado no sistema da *Common Law*. Por esse entendimento, acredita-se que, diante da expectativa de a vítima auferir considerável indenização em consequência do seu dano, poder-se-ia gerar uma verdadeira perversão do sistema de reparação, pois certamente a vítima sentir-se-ia lisonjeada pelo ato ilícito do ofensor, caracterizando-se, destarte, o enriquecimento sem causa do ofendido.

Já no que tange à esfera de defesa do consumidor, observa-se que, em princípio, o legislador objetivou lançar mão do instituto das *punitive damages*, conforme se pode observar no vetado art. 16 do CDC, *in verbis*:

Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

Dito isso, percebe-se certa afinidade do CDC para com os princípios de indenização punitiva, em especial por se tratar de forma efetiva que busca coibir o desrespeito reiterado às normas do Código pelo fornecedor de produtos e serviços em prol do vulnerável consumidor. Entendimento distinto seria descabido, em especial tendo em vista a incorporação da boa-fé objetiva pelo CDC, somando-se à responsabilização objetiva, através da qual basta o nexo causal e o dano da cobrança indevida para se ter caracterizada a sanção

da repetição em dobro, ao que se adequa a lição de Luiz Claudio Carvalho de Almeida: “[...] o parágrafo único do artigo em referência deve ser interpretado como uma espécie de sanção civil imposta ao fornecedor que independe da presença de boa-fé do mesmo e que se adequa ao que a doutrina internacional denomina de *punitive damages*” (2005, p. 162).

Ante todo o exposto, a crítica pela qual a indenização punitiva do parágrafo único do art. 42, do CDC geraria enriquecimento sem causa deve ser peremptoriamente afastada, em consonância com os princípios gerais do Código; pois, no que se refere ao fornecedor incauto, “[...] cobrar indevidamente e impunemente de milhões de consumidores e nunca ser condenado à devolução em dobro é que seria fonte de enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito oriundo do abuso do direito de cobrar [...]” (MARQUES, 2006, p. 594).

A fim de se ilustrar as razões da muito pertinente crítica proferida pela autora Claudia Lima Marques, imagine-se determinada empresa de telefonia que – ciente das dificuldades dos tempos modernos de seus clientes por fiscalizar seus débitos – se presta a efetuar cobrança de valores não contratados pelos destinatários de seus serviços; supondo-se valores aparentemente ínfimos, como R\$ 2,00 além do devidamente contratado. Sabendo-se que, ante a magnitude populacional do Brasil, as empresas de telefonia costumam fornecer serviços perante milhões de indivíduos; logo, supondo-se a referida quantia de R\$ 2,00 ser cobrada mensalmente de hipotético grupo de cinco milhões de clientes, o que, por consequência lógica, resultaria na considerável arrecadação de R\$ 10 milhões por mês – sem, não obstante, haver qualquer causa para tal enriquecimento da suposta empresa de telefonia.

Salienta-se que, ainda no exemplo supra, não raro o consumidor, quando cauteloso das suas finanças e se dá ao trabalho de reclamar, se vê forçado a concordar com a simples devolução dos valores indevidamente cobrados, o que na grande maioria dos casos se dá por mera compensação dos valores cobrados pela prestação de serviços da empresa de telefonia ao consumidor lesado, em flagrante desrespeito ao CDC.

Além do mais, em termos econômicos, à empresa, de total má-fé, segundo alerta Luiz Claudio Carvalho de Almeida (2005, p. 170), “[...] a artimanha terá valido a pena e será estimulada para os anos seguintes, vez que na pior das hipóteses representará para o fornecedor um empréstimo compulsório a juros baixos”, o que pode acarretar um desastroso incentivo à concorrência desleal e total desrespeito aos preceitos do CDC.

Posto isso, objetivando-se garantir o melhor desenvolvimento da Ordem Econômica estatal, faz-se imperativo que o Estado atue com imediatismo e eficiência na

aplicação de penalizações suficientes para inibir a prática desleal da cobrança indevida, motivo por que a aplicação de sanções administrativas devem ser rigorosamente impostas aos fornecedores de produtos ou serviços que reiteradamente incidam na cobrança de valores indevidos, somente se podendo considerar o engano justificável com fundamentação de comprovada ocorrência de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe; ou seja, mediante a comprovação de fatos totalmente alheios aos esforços do fornecedor para, em respeito à boa-fé objetiva, diligentemente evitar a cobrança de valores indevidos.

Destarte, tem-se por evidente que a sanção do CDC, pela cobrança indevida, apresenta caráter pedagógico e visa coibir a repetição de tal conduta lesiva ao consumidor; logo, pode-se firmemente afirmar que o dispositivo legal representa a possibilidade de aplicação da doutrina das *punitive damages* no Brasil, motivo por que, somando-se à boa-fé objetiva, não há qualquer razão para que a jurisprudência nacional hesite em se valer de tais preceitos para punir exemplarmente essa prática desleal que assola, cada vez mais, o equilíbrio conferido pelo CDC aos contratos de consumo bem como o sistema da Ordem Econômica do Estado.

CONCLUSÃO

Pôde-se observar, no decorrer da pesquisa, a decisiva importância do papel desempenhado pelo consumidor perante a ordem econômica do Estado. Conforme se tratou no primeiro capítulo – o qual se principiou pela exposição do histórico da criação do CDC –, com a explosão demográfica e os imparáveis avanços tecnológicos dos meios de produção, associados à globalização e massivo incentivo ao consumismo, tornou-se imperial a organização estatal em prol da defesa do consumidor, criando-se, assim, o CDC, cuja principal função, segundo se constatou, foi deixar claros os deveres e obrigações de cada ator no processo denominado consumo.

Além disso, restou evidente que o consumidor é parte indissociável à perpetuação e evolução da economia de todo e qualquer Estado capitalista, motivo por que a Constituição Federal de 1988 tratou de enfatizar o dever de o Estado garantir a tutela do consumidor, assim visto como sujeito de direitos específicos.

No decorrer do primeiro capítulo, tratou-se da conceituação de consumidor, onde se destacou haver três entendimentos distintos na doutrina e jurisprudência: (i) corrente *maximalista* ou *objetiva*, para a qual basta haver um ato de consumo para se configurar a relação jurídica entre consumidor e fornecedor; (ii) corrente *finalista*, pela qual um sujeito só se torna consumidor caso adquira um produto ou serviço como destinatário final; e (iii) a corrente *finalista mitigada*, responsável por defender a garantia da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que se constatar sua hipossuficiência.

Ainda na conceituação do consumidor, observou-se a distinção do conceito frente à hipossuficiência e ao princípio da vulnerabilidade, do que se pôde concluir que ambos não se misturam; pois viu-se que todo e qualquer sujeito de direito, quando consumidor, encontra-se resguardado pelo CDC, mas nem todo consumidor pode se valer das diretrizes da hipossuficiência, elucidando-se que tal hipossuficiência se refere a fatores técnicos, econômicos ou jurídicos.

No segundo capítulo, expondo-se a respeito dos princípios da proteção contratual nas relações de consumo, puderam-se constatar as funções e importâncias de aplicabilidade da boa-fé na sistemática do CDC. Para tanto, deduziu-se que o Código incorporou a boa-fé pela forma objetiva, onde, diferente da boa-fé subjetiva, se dispensa a

análise da intenção do agente na prática de determinada conduta omissiva ou comissiva, aplicando-se sua validade para toda e qualquer relação consumerista.

Consoante se demonstrou no desenvolvimento do segundo capítulo, a boa-fé objetiva se divide nos denominados deveres anexos, os quais tem caráter vinculante entre as partes das relações contratuais regidas pelo CDC.

Assim, abordaram-se, em melhor análise, os seguintes deveres anexos: (i) de *confiança*, através do qual todas as legítimas expectativas do consumidor devem se ter diligentemente respeitadas pelo fornecedor de produtos e serviços; (ii) de *cooperação*, cuja exposição permitiu intuir que as partes contratantes, em especial o fornecedor, devem conjuntamente colaborar para se chegar ao fim estabelecido pelo contrato firmado; (iii) de *cuidado*, onde se conferiu a primazia do dever de condutas do fornecedor suficientemente necessárias para se garantir a segurança do consumidor, ou seja, no que se refere aos cuidados para não se concretizar agressão tanto ao patrimônio quanto à integridade física e/ou moral do vulnerável consumidor; e (iv) de *transparência*, com o qual se concluiu não só pela imposição da prestação de informação clara, correta e ampla sobre o produto ou serviço oferecido pelo fornecedor, pois tal dever anexo também se constitui em dever de lealdade e respeito nas relações de consumo.

Ao final do segundo capítulo, possibilitou-se a reflexão acerca da proteção contratual do consumidor, que se deve estender até a fase pós-contratual. Segundo se pôde notar, nesta, em consonância com as diretrizes da boa-fé objetiva, se busca refutar a concepção clássica de contrato, através da qual havia fundamental importância da vontade das partes para a consecução do fim contratual. Tendo em vista a vulnerabilidade de uma das partes contratuais, o consumidor frente ao fornecedor, justificou-se a especial proteção contratual pelo intuito de equilibrar as obrigações contratuais entre as partes, coibindo-se condutas destoantes da boa-fé objetiva, tais quais as denominadas práticas abusivas.

Por último, reservaram-se as reflexões quanto à prática da cobrança indevida proveniente de relações de consumo ao terceiro capítulo, no qual se abordou, primariamente, da cobrança indevida à luz do dever anexo de cuidado e se discutiu os diferentes entendimentos sobre sua configuração.

Dito isso, concluiu-se que a cobrança indevida se constitui em flagrante desrespeito ao dever de cuidado, revelando-se, por consequência, em inaceitável ofensa aos direitos do consumidor.

Já no que se refere á configuração da cobrança indevida, comentou-se haver polêmico entendimento no sentido de que somente se terá configurada a cobrança indevida, a ser processada segundo a sistemática do CDC, caso a referida cobrança não se dê pela via judicial, cuja esfera de atuação seria a do CC de 2002. Em contraponto, deixou-se claro que tal entendimento não deve prevalecer por configurar retrocesso dos princípios do CDC e prejuízo à defesa do consumidor, uma vez que ele teria que comprovar a ausência de boa-fé na cobrança indevida para ter direito à reparação devida: repetição do indébito em dobro.

Outro entendimento polêmico trabalhado se referiu à necessidade ou não de o consumidor, cobrado indevidamente, ter de comprovar quitação dos valores indevidos, do qual se demonstrou haver certa predominância da jurisprudência no sentido de que, sim, é necessária a demonstração de efetiva quitação, sem a qual não haveria constatação de qualquer lesão ao consumidor.

Posto isso, inferiu-se que tal entendimento encontra-se em desconformidade com os preceitos do CDC, inclusive podendo enfraquecer sobremaneira sua eficácia protetiva, já que se estará facilitando que o fornecedor inaceitavelmente descuidado (ou de má-fé) se beneficie da sua torpeza.

Na continuidade do desenvolvimento do capítulo terceiro, tratou-se da excludente de responsabilidade pela indevida cobrança de consumo, a qual somente deve ocorrer por engano justificável. Assim, concluiu-se que, tendo em vista os ditames da boa-fé objetiva, ou seja, desnecessária a demonstração de culpa ou má-fé na conduta do fornecedor, tão-somente por comprovação de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe poderá o credor se eximir da sanção da repetição do indébito em dobro, ao que se restringirá, por evidente, à simples devolução do indébito, em todo caso corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora.

Por fim, explanou-se a respeito da sanção aplicada à cobrança indevida como possível modalidade de incorporação da doutrina anglo-saxônica das *Punitive Damages*, cujo desfecho se deu na ideia de que a sanção prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC possui elementar caráter pedagógico e visa punir exemplarmente o fornecedor que se valer, independentemente de má-fé, da abusiva prática de cobrança indevida; logo, não há razão para se rejeitar a aplicabilidade da referida sanção de forma a ser exemplar. Destarte, coibir-se-á que tal prática se torne reiterada e ponha em xeque um dos essenciais princípios balizadores da ordem econômica estatal: da defesa do vulnerável consumidor.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 35ª. Ed., 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Boa-fé na relação de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 20 a 27, abr./jun. 1995. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102/ABOA-F%C3%89%20NA%20RELA%C3%87%C3%83O%20DE%20CONSUMO.doc>. Acesso em: 02 de outubro de 2013.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 3ª Ed., Rev. Atual. São Paulo: Ltr, 1994.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. **A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação das chamadas *punitive damages* no direito brasileiro**. In: Revista de Direito do Consumidor nº 54, pp. 161-172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ALVIM, José Manoel de., *et al.* **Código do Consumidor Comentado**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1991.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção Contratual do Consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal**. Editora Revista dos Tribunais, V. 21., 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V., *et al.* **Manual de Direito do Consumidor**. Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª. Ed., Rev. e Amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BIAZZI, Renato. **Número de queixas sobre cobranças indevidas aumenta 16% em SP**. Jornal Hoje, São Paulo, 11 set. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2013/09/numero-de-queixas-sobre-cobrancas-indevidas-aumenta-16-em-sp.html>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Rev. Téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Ed., 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (**Código de Proteção e Defesa do Consumidor**). Diário Oficial da União, Brasília, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 16 de julho de 2013.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (**Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 05 de janeiro de 1916. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em 12 de julho de 2013.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (**Código Civil**). Diário Oficial da União, Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 14 de julho de 2013.

_____. Projeto de Lei n. 6960, de 2002 (Do Sr. Ricardo Fiuza), apresentação em 12 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B578CC9E77BBAE825AB0D698FAF1B4CD.node2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>. Acesso em: 20 de outubro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 661.145-ES**, recorrente: Espírito Santo Centrais Elétricas S/A – ESCELSA; recorrido: Glamour Indústria e Comércio de Confecções Ltda. – Microempresa; Relator Min. Jorge Scartezzini, Diário da Justiça de 28 de março de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 476.428-SC**, recorrente: Agipligás S/A; recorrido: Gracher Hotéis e Turismo Ltda.; Relator Min. Nancy Andrichi, Diário da Justiça de 09 de maio de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 351.750-RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Carlos Ayres Britto, DJe nº 181 de 25.09.2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª. Ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 9ª. Ed., 2010.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao Consumidor: conceito e extensão**. Editora Revista dos Tribunais, V. 07., 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa**. 4ª Ed., Rev., Amp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002

FERNANDES NETO, Guilherme. **O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. 1ª. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 5ª. Ed., Rev., Atual., Amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Elementos do Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5ª Ed., Rev. e Atual. Rio de Janeiro (RJ): Forense - Universitaria, 1998.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabot. **Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo: momento processual**. Editora Unisul, 2006.

KARKOTLI, Dr. Gilson. **Direito Difuso: responsabilidade social à luz dos princípios do código de defesa do consumidor**. Editora Camões, 1ª. Ed., 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes, 1999.

KENNEDY, John Fitzgerald. **Special Message to the Congress on Protecting Consumer Interest**. Discurso datado de 15 de março de 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 18 de agosto de 2013.

KRAEMER, Eduardo. **Sentença prolatada nos autos nº 0006577-18.2011.8.21.9000, na 3ª Turma Recursal Cível da Comarca de Pelotas**. Pelotas: 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, *et al.* **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 9ª. Ed., Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto (os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor)**. Editora Revista dos Tribunais, V. 05., 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Bruno Miragem. 2ª. Ed., Rev., Atual. e Amp. São Paulo: RT, 2005. 2006.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª. Ed., Atual., Amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Editora Expressão popular, 2ª. Ed., 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Márcio André Medeiros. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. LTr, 2002.

NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo**. LTr, 2002.

NEVES, Roberto de Castro Neves. **Boa-fé Objetiva: Posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9124-9123-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. Ed. Rev. Mod. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRANETO, Francisco. **Sentença prolatada nos autos nº 2011.090489-8, na 2ª Câmara de Direito Público de Joaçaba**. Joaçaba: 2012.

PRIBERAM. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Versão virtual**. Disponível em: <www.priberam.pt/dlpo>. Acesso em: 18 Out 2013.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 9ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 10ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.