

SUBSÍDIOS AO ESTUDO DA ABUSIVIDADE E APLICAÇÃO DO ART. 7º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ¹

1. SUBSÍDIOS AO ESTUDO DA ABUSIVIDADE NO CONSUMERISMO

O Código de Defesa do Consumidor foi introduzido no sistema jurídico brasileiro, com a lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, como resposta aos problemas suscitados pela sociedade de consumo. Como objetivo, visa estabelecer o equilíbrio das partes envolvidas nas relações de consumo e a solução dos conflitos, através de princípios básicos como: a transparência, a boa fé e a agilização do processo.

O direito do consumidor é amplamente reconhecido e assegurado pela Constituição de 1988, que declara, logo no TÍTULO I, possuir como objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 32, inciso I) e, para tanto, no seu art. 52, inciso I, garante expressamente a defesa e a proteção dos direitos dos consumidores, tanto na esfera individual quanto coletiva.

Assim sendo, visa o Código de Defesa do Consumidor, reduzir o desequilíbrio de poder entre fornecedores de produtos/serviços e consumidores, preenchendo lacunas e debilidades existentes, em todo o sistema de “relações de consumo”, de sorte que, o contrato não tenha somente uma obrigação: a de prestar, mas também uma outra: a de conduta. No entanto, o art. 2º, do Código de Defesa do consumidor restringe o conceito de consumidor quando faz referência a “destinatário final”. Etimologicamente, a palavra consumidor, deriva do latim *consumere*, e significa: aquele que adquire coisa para seu proveito.

Contudo, vamos encontrar referências conceituais conflitantes de consumidor:

a) no art. 22, do TÍTULO I - DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR, CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS, quando, no caput, refere-se aos “consumidores finais” e, no parágrafo único: “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”,

b) no CAPÍTULO IV - DA QUALIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS, DA PREVENÇÃO E DA REPARAÇÃO DE DANOS, SEÇÃO II DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO, quando, no art. 17, determina: “ ...

¹ Artigo produzido pela primeira turma do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil da FURB, com a coordenação do prof. Márcio Campos, Mestre em Direito /UFSC.

equiparam-se aos consumidor todas as vítimas do evento”;

c) no CAPÍTULO V - DAS PRÁTICAS COMERCIAIS, SEÇÃO I - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS, quando no art. 29: “... equiparam-se consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas práticas nele previstas”.

Conclui-se, portanto, que o CDC não estabelece uma definição esclarecedora ou específica de que seja o consumidor protegido por este dispositivo legal.

Antônio Herman V. BENJAMIM, membro do Ministério Público São Paulo, um dos redatores Código de Defesa do Consumidor, declarou na conferência de abertura do VII Curso Brasilcon de Direito do Consumidor, realizado em Manaus (AM), nos dias 26, 27 e de maio do corrente ano, que: art. 2º do CDC, foi motivo de muitas críticas, por reduzir muito margem de interpretação e aplicação do conceito de consumidor, que, os arts. 17 e 29 acima mencionados, vieram para ampliar as possibilidades de aplicação da proteção ao consumidor”.

Noutro pólo da relação contratual vamos encontrar o fornecedor (art. 3º, do CDC), como sendo toda pessoa física ou jurídica, pública, privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Nos parágrafos 1º e 2º do art. 39, o CDC assim I conceitua produto e serviço: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e, serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor veio para implementar no Direito Brasileiro, um novo entendimento da relação contratual, e por isso dispõe, logo no seu frontão (Título I, Capítulo I, art. 1º), o limite de sua abrangência, estabelecendo normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública, de natureza cogente e interesse social, diferentemente do tratamento que o Código Civil deu ao dispor sobre os contratos e as obrigações. Com o CDC o contrato evoluiu de um espaço reservado e protegido pelo Direito para a livre e soberana manifestação das partes, tornando-se um instrumento jurídico voltado para o social, controlado e submetido a uma série de imposições mais equitativas.

A implementação de uma nova ordem no relacionamento contratual se faz sentir pelos princípios programáticos constitucionais acima apontados, como também, pelos contidos no art. 62, assim destacados:

a) Serão declaradas nulas de pleno direito as cláusulas abusivas que coloquem em desvantagem o consumidor ou forem incompatíveis com a boa-fé e a equidade;

b) o princípio da boa-fé será aplicado na orientação da formação da relação e interpretação contratual;

c) a responsabilidade por vícios dos produtos e serviços, tem caráter de ordem pública e decorre da lei. Não admite, portanto, cláusulas contratuais que limitem ou restrinjam seu alcance;

d) a responsabilidade dos fornecedores, decorrente dos vícios dos produtos é solidária. Mesmo vícios ocultos, ignorados pelo fornecedor, não ilidem a responsabilidade.

No que tange a responsabilidade civil, foram alteradas as regras para garantir, ao consumidor, eficaz proteção contra a abusividade na relação contratual. A expressão cláusula abusiva foi substituída pela palavra abusividade, segundo o magistério de Cláudia Lima MARQUES, por ser mais abrangente, mais totalizadora na proteção do consumidor, basta que este último demonstre ou indique a existência de um defeito (art. 14, do CDC), que cause ou tenha causado, um dano emergente ou iminente, moral, físico ou patrimonial.

Convém citar lição de renomados mestres, no sentido de evidenciar a responsabilidade civil como sendo a obrigação de pessoa física ou jurídica em indenizar o dano causado a outrem, com a intenção de restabelecer o equilíbrio patrimonial ou moral decorrente do dano.

O instituto da responsabilidade civil surgiu com o intuito de reparar o dano, em razão de ofensa moral ou física. Toda a teoria da responsabilidade civil fundamenta-se na análise da culpa do agente, sendo esta o elemento imprescindível e o nexo entre o ato e o fato que deu origem ao dano. Para o sistema tradicional, a responsabilidade civil está baseada na subjetividade da culpa. Assim, o consumidor - e somente ele - individualmente, suportava integralmente o dano sofrido e, ainda, o ônus de demonstrá-lo.

A constante transformação social exigiu o acompanhamento da evolução jurídica, juntamente com a economia. Inicialmente, a responsabilidade pela ofensa ao patrimônio alheio (ou à própria pessoa) possuía um fator limitativo: a culpa (art. 159, do Código Civil). O Código de Defesa do Consumidor modificou este paradigma, adotando a Teoria da Responsabilidade Objetiva (art. 14), tendo como regra a objetividade, fundamentando-se na teoria do risco da atividade e na indenização integral (art. 6º, inciso III, do CDC), como forma de apreciação da responsabilidade civil do fornecedor, excluindo apenas as hipóteses de caso fortuito e força maior. A responsabilidade pessoal do profissional liberal, conforme o § 4º, também é baseada na culpa,

cabendo ao lesado comprovação ou omissão que desencadeou o dano, através da inobservância de um dever legal ou contratual desempenho de suas atividades

O Código de Defesa do Consumidor permite, também, a r das relações originariamente tidas, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio contratual existente ao tempo de sua celebração, e razão de ser um instrumento de ordem pública, de natureza cogente e de implementação de princípio e direitos, amparado no art. 3º, incisos I, V e XXXII da Constituição Federal, o que anteriormente, em razão da predominância da autonomia da vontade sobre as relações sociais, não nos era permitido pensar.

Conforme magistério de Mário da Silva PEREIRA, o ordenamento jurídico representado Código Civil, foi inspirado e fortemente marcado pelas teorias nascidas a partir dos ideais da Revolução Francesa, pelos princípios da **liberdade** contratual e autonomia da vontade, expressos no Código Napoleão.

Segundo Cláudia Lima MQUES (1992), os conceitos tradicionais, como os do negócio jurídico da autonomia da vontade permanecerão e o espaço reservado para os particulares se auto-regulem será reduzido por normas imperativas como as do CDC. É a concepção de contrato, no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear surgindo, no seu lugar, um elemento estranho às partes, básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Convém salientar que fatos como a Revolução Industrial e o *Supply of Goods (Imptied Temis)*, na Inglaterra; o sistema jurídico estadunidense (common law); as legislações pertinentes, no Canadá e na Austrália; o exemplo sueco da lei sobre a Compra e Consumo; finalmente, a lei alemã das Condições Gerais dos Negócios e o processo de globalização das economias, são importantes subsídios no estudo da evolução da teoria da responsabilidade civil. No nosso País, como norma infraconstitucional, consubstanciou-se nos temas tratados pelo Código de Defesa do Consumidor, uma verdadeira revolução de conceitos e modos de ação.

O Estado utiliza-se do Direito como instrumento para promover o bem-estar social, legislando com o objetivo de proteger a economia privada, tendo consciência de que o Código Civil de 1916, escrito por Clóvis BEVILÁQUA, não atende mais às necessidades a que se propunha. Por isso, desde 1941, Hannemann GUIMARÃES, Philadelpho AZEVEDO e Orozimbo NONATO vêm, sem sucesso, em diversas tentativas, propondo a modernização da legislação que regulamenta as obrigações.

Com o objetivo de preencher esta lacuna, deu-se o advento do CDC, visando proteger o consumidor contra fraudes e concessões excessivas e que abonem o produtor e/ou fornecedor. Visando, porém, manter um equilí-

brio harmônico entre fornecedor e consumidor, este dispositivo legal reconheceu os direitos e deveres de ambos na fase pré-contratual e no momento da formação do vínculo, estabelecendo normas que proíbem, expressamente, cláusulas relativas à abusividade nas relações contratuais, fortalecendo o cumprimento do princípio da boa-fé (arts. 4º, III e 51, IV do CDC), não mais conceitualmente, mas de modo concreto, decisivo.

A personalidade é atributo que o Estado defere à organização de pessoas naturais com interesses comuns como sujeitos de direito. Na personificação societária, modernamente demonstra-se alguns princípios fundamentais, já largamente difundidos na doutrina e na jurisprudência, em razão da adoção dos princípios da equidade e da não-abusividade, consagrados pelo CDC, nos arts. 1º, 4º, 7º, caput e 28, tais como:

- a) não-distinção à pessoa dos sócios das condutas praticadas pela sociedade;
- b) distinção entre patrimônio da sociedade e patrimônio do sócio;
- c) vida própria e distinta de seus membros.

Por isso, é possível extrair-se, entre tantos, alguns elementos que justificam a adoção - entre nós - da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, quais sejam:

- abuso de direito;
- excesso de poder;
- infração de lei;
- fato ou ato ilícito;
- violação dos estatutos ou contrato social;
- falência;
- estado de insolvência;
- encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocada por má administração.

Com o objetivo de assegurar uma contratação justa, calcada na boa-fé, o CDC abrange interesses, a fim de reduzir o elevado número de práticas abusivas em razão do mau uso da empresa ou da pessoa.

Assim, a adoção pelo CDC, no art. 28, da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, possibilita eliminar um dos grandes obstáculos ao ressarcimento, em razão do empecilho criado pela duplicidade de direitos e obrigações, o que favorecia determinada categoria de pessoas, ao esconderem-se sob o manto da personalidade da pessoa física e da pessoa jurídica. Neste aspecto e, pelo valor das informações, vale a pena conhecer o art. do Prof., Rubens REQUIÃO, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, publicado na *Revista dos Tribunais* -420113.

2 APLICAÇÃO DO ART. 7º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Este artigo expressa o reconhecimento de que o Código de Defesa do Consumidor é um código de integração de normas e institutos, com vistas à agilização e à efetividade da prestação jurisdicional. Podemos concluir também, pela

simples leitura de alguns títulos deste diploma legal, de que trata de uma variedade bastante diversificada de questões, bem longe da tradição de nossa legislação civil. Exemplificando, destacamos:

- a) questões administrativas, no art. 55;
- b) infrações penais, no art. 61; c) procedimentos de defesa de direitos individuais e coletivos, no art. 81;
- d) ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, no art. 91;
- e) coisa julgada, no art. 103;
- f) sobre a política homogênea de integração dos poderes da República, na busca da implementação do CDC, no art. 105.

Também os princípios que emanam da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1998, nos arts. 3º, I; 5º XXXII; 150 § 5º; 170, V, conjugados com os arts. 7º, caput; 5º, § único; 84, §§ 5º e 9º do Código de Defesa do Consumidor, marcam o desejo de integração, importação e exportação de normas, com vistas à efetividade da prestação jurisdicional, anteriormente negada entre nós, a exemplo do que está contido no art. 1.807 do Código Civil de 1916, por chamar a si a responsabilidade do enquadramento legal do caso colocado sob sua tutela.

O Código de Defesa do Consumidor veio para dar vigência, validade e possibilitar a integração dos ordenamentos jurídicos, dos Direitos Privado e Público, em busca de Justiça, ou seja, equidade e efetividade da prestação jurisdicional, dentro de uma nova visão de contrato, segundo a qual o contrato não pode mais ser considerado somente um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua nova função social.

Buscamos, no magistério de Fátima Nanci ANDRIGHI, Antônio Herman BENJAMIN, Cláudia Lima MARQUES, entre outros, a confirmação de que a reforma do sistema civil e processual está inserida no contexto das reformas introduzidas a partir do Código de Defesa do Consumidor e só se concretizaram em razão de que os estudos em busca da reforma envolveram consenso de grande parte dos operadores do Direito, como por exemplo: Ordem dos Advogados do Brasil, Instituto dos Advogados de São Paulo, Associação dos Magistrados, Associação do Ministério Público, dentre outros, e que adotaram algumas medidas de consenso, dentre as quais destacamos:

- a) localizaram os pontos de estrangulamento do CPC (agilização e simplificação, não apenas modernização);
- b) abandonaram divergências acadêmicas,

c) encaminharam as reforma, gradativamente, para incorrer no mesmo problema da reforma do Código civil que vem se arrastando por mais de 20 anos;

d) aproveitaram a disposição numérica do CPC (quando havia necessidade de acrescentar algo, fizeram-no dentro do mesmo **artigo** ou se necessário, acrescentaram apenas uma letra. Ex.: art. 1.107-A, como ocorre no Direito Alemão);

e) buscaram consenso nas alterações com a OAB, juízes, Ministério Público, representantes do magistério superior, etc... Concluindo e, com o objetivo de problematizar sobre a abrangência e aplicação do CDC, elaboramos um fluxograma (**em apêndice**) dos procedimentos comum ou ordinário (procedimento comum sumário) e especial (sumaríssimo-lei 9.099/95) - Ação Monitória, na esperança de que a visualização dos sistemas de aplicação dos mesmos possam reforçar nosso propósito de lutar, enquanto operadores do Direito, por uma sociedade mais justa e solidária.

REFERÊNCIAS:

1) MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

2) REALE, Miguel. o *Projeto do Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

FLUXOGRAMAS:

1. Procedimento Sumaríssimo Processo de Execução: Organizado pela Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, sob a coordenação da Des. Fátima Nacy Adrighi..

2. THEODORO JR., Humberto. *Curso de processo Civil*. São Paulo. Forense, 1994. vol. 1