

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Ricardo Morishita Wada

**A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas
no código de defesa do consumidor: novo ensaio para sistematização
e aplicação do direito do consumidor**

Doutorado em Direito

São Paulo
2016

Ricardo Morishita Wada

**A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas
no código de defesa do consumidor: novo ensaio para sistematização
e aplicação do direito do consumidor**

Doutorado em Direito

Tese apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, como exigência parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito
sob a orientação do Prof. Dr. Nelson Nery
Júnior

**São Paulo
2016**

Banca Examinadora:

RESUMO

A presente tese objetiva propor a sistematização e a aplicação das práticas comerciais abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, à luz do paradigma pós-positivista e das linhas gerais da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller.

A aplicação discricionária e casuística proporcionada pelo modelo positivista não permite avaliar, com clareza e transparência, os valores que constituem a decisão, fragilizando o controle judicial e social. Na sistematização proposta, espera-se afastar os desafios do modelo atual e assegurar a unidade e a ordem do regime de proteção contra as práticas comerciais abusivas, com vistas a fortalecer sua aplicação e, assim, a proteção do consumidor.

As práticas abusivas do Código de Defesa do Consumidor foram analisadas mediante metódica do programa da norma e do âmbito da norma. A doutrina nacional e a experiência estrangeira contribuíram para a elaboração do programa da norma e interpretação dos elementos linguísticos. O âmbito da norma foi elaborado a partir de casos jurídicos oriundos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de casos hipotéticos relacionados ao direito do consumidor. A norma de proteção contra as práticas abusivas foi concretizada em muitos casos. Em outros, foram apontadas algumas questões para serem consideradas diante do caso jurídico.

Palavras-chave: Práticas comerciais abusivas. Direito do consumidor. Sistematização. Aplicação; pós-positivismo.

ABSTRACT

The present thesis aims to propose the systematization and application of the abusive commercial practices foreseen in the Consumer Protection Code, in the light of the post-positivist paradigm and the general lines of Friedrich Müller's Theory of Law.

The discretionary and casuistic application provided by the positivist model does not allow to evaluate with clarity and transparency the values that constitute the decision, lessening both judicial and social control. In the proposed systematization, it is expected to remove the challenges of the current model and to ensure unity and order of the regimen of protection against abusive commercial practices, in order to strengthen its application and thus consumer protection.

The abusive practices of the Consumer Protection Code were analyzed by through methodical normative program and the ambit of the norm. The national doctrine and the foreign experience have contributed to both the elaboration of the program of the norm and the interpretation of the linguistic elements. The scope of the norm was elaborated based on legal cases originated from the the Superior Court of Justice's caselaw and from hypothetical cases related to the right of the consumer. The norm of protection against abusive practices has been fulfilled in many cases. In others, some questions were raised to be considered before the legal case.

Keywords: Abusive Commercial Practices. Unfair Commercial Practices. Consumer law Systematization. Application. Post-positivism.

RIASSUNTO

Questa tesi si propone la sistematizzazione e l'applicazione di pratiche commerciali sleali di cui al Codice di tutela dei consumatori, alla luce del paradigma post-positivista e le linee generali della Teoria Strutturazione di Legge Friedrich Müller.

La applicazione discrezionale e campione fornito dal modello positivista non valutare i valori di chiarezza e di trasparenza che costituiscono la decisione, indebolendo il controllo giudiziario e sociale. La proposta sistematizzazione è atteso per scongiurare le sfide del modello attuale e garantire il regime di unità e la protezione fine contro le pratiche commerciali sleali, al fine di rafforzare la loro applicazione e, quindi, la tutela dei consumatori.

Le pratiche abusive del Codice di Protezione dei Consumatori sono stati analizzati mediante metodica alla norma e dall'ambito programma. La dottrina nazionale ed esperienze straniere hanno contribuito alla preparazione del programma di norma, l'interpretazione di elementi linguistici. Il ambito di applicazione della norma è stato redatto da cause legali derivanti dalla giurisprudenza della Corte Suprema e casi ipotetici relativi ai diritti dei consumatori. Il livello di protezione contro le pratiche sleali è stato raggiunto in molti casi. In altri casi, sono stati sottolineato alcune questioni da prendere in considerazione prima che il caso in tribunale.

Parole chiave: Pratiche commerciali sleali. I Diritti dei consumatori. Sistematizzazione. Applicazione. Postpositivism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I - SISTEMATIZAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	11
1 A SISTEMATIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	12
1.1 Texto de norma, norma e normatividade nas relações jurídicas de consumo	12
1.2 As práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor: preliminares ao processo de sistematização	19
1.3 O conjunto prescritivo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor e sua organização como sistema	22
2 A APLICAÇÃO DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO NA SISTEMATIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	28
2.1 O positivismo e o pós-positivismo: o descompasso e a necessidade de um novo paradigma para a sistematização do direito do consumidor	28
2.2 A estrutura do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas: o programa normativo e o âmbito normativo de Müller	37
3 O PROGRAMA NORMATIVO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS: A ANÁLISE DO TEXTO NORMATIVO E SUA INTERPRETAÇÃO	42
3.1 A análise do texto normativo e sua interpretação	42
3.2 O teor literal expresso no texto da lei de proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas e as interpretações gramatical e histórica....	43
3.3 A interpretação sistemática do texto de lei de proteção dos consumidores contras as práticas comerciais abusivas	98
3.4 O conceito de práticas comerciais abusivas nas relações jurídicas de consumo	107
3.5 As práticas comerciais abusivas no Mercosul	112
3.6 As práticas comerciais abusivas na União Europeia	123
3.7 As práticas comerciais abusivas nos Estados Unidos da América do Norte	134
CONCLUSÃO PARCIAL: A FORMAÇÃO DO PROGRAMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	143
PARTE II - A APLICAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	151

1 A CONCRETIZAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	152
2 ÂMBITO NORMATIVO E A CONCRETIZAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	154
3 O ARTIGO 39 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O ROL EXEMPLIFICATIVO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS: O EXAME DE SUA CONCRETIZAÇÃO E APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	157
4 AS PROIBIÇÕES DO ARTIGO 39 E O EXAME DO PROGRAMA NORMATIVO, DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA.....	164
4.1 A venda casada nas relações de consumo e a imposição de limites quantitativos na comercialização de produtos e serviços.....	166
4.2 A imposição de limite quantitativos na comercialização de produtos e serviços.....	172
4.3 A recusa de venda de produtos e a prestação de serviços	182
4.4 O envio de produtos e a prestação de serviços sem a solicitação do consumidor.....	186
4.5 A abusividade contra o consumidor segundo sua idade, conhecimento ou condição social	190
4.6 A execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento	194
4.7 O abuso no repasse de informações depreciativa do consumidor	197
4.8 O produto e o serviço em desacordo com as normas técnicas	200
4.9 A elevação de preços de produtos e serviços no mercado de consumo..	201
4.10 O prazo de cumprimento da obrigação do fornecedor.....	206
5 A OBRIGATORIEDADE DA ELABORAÇÃO E ENTREGA DO ORÇAMENTO PRÉVIO AO CONSUMIDOR.....	209
5.1 O Programa normativo	209
5.2 Âmbito normativo e concretização.....	210
6 O REGIME DE CONTROLE, SUPERVISÃO E MONITORAMENTO DE PREÇOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	215
6.1 O programa normativo.....	215
6.2 O âmbito da norma e a concretização.....	216
CONCLUSÃO	218
REFERÊNCIAS.....	223
ANEXO	230

INTRODUÇÃO

As práticas comerciais abusivas representam um capítulo importante para a proteção dos interesses e direitos dos consumidores. Elas estabelecem limitações ao exercício dos direitos subjetivos do fornecedor no mercado de consumo.

A Seção IV, do Capítulo V, do Título I, do Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 39, 40 e 41, apresenta mais de catorze condutas, elencadas de maneira exemplificativa, que vão, da proibição da venda casada, do aumento injustificado de preços de produtos e serviços, até a vedação do desrespeito ao regime de controle ou tabelamento de preços.

Aparentemente, tais disposições estão enunciadas de forma casuística, sem representar ordenação e unidade. Considera-se que prática abusiva é gênero, e que toda violação de conduta prevista na lei de proteção enseja sua aplicação.

No início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a concepção ampla de prática comercial abusiva foi muito importante, porque assegurava uma ferramenta poderosa para incentivar o fornecedor de produtos e serviços a respeitar os direitos dos consumidores. Todavia, após 25 anos de vigência, parece-nos necessário reexaminar tal conceito. Sua amplitude permite a aplicação casuística, que desgasta e compromete a proteção do consumidor.

Outro fator relevante é a complexidade do mercado de consumo, que exige uma previsão legislativa aberta, com conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. Diante deste contexto, a aplicação do direito do consumidor, mediante o paradigma positivista, representa um desafio, e produz efeitos indesejáveis para a proteção do consumidor. A confusão entre texto de lei e norma tem propiciado resultados que afetam a tutela do consumidor.

A consideração de que o Código de Defesa do Consumidor representa uma norma, e sua aplicação consiste em subsunção ao caso concreto, provoca, diante das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, o uso da discricionariedade, que prejudica a deferência ao Estado Constitucional. O controle e a sindicância das decisões nem sempre se realizam de forma substantiva.

Por isso, este trabalho ocupa-se de sistematizar a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas e apresentar uma proposta de aplicação que assegure o desenvolvimento e a efetiva defesa dos consumidores.

Para sistematizar e aplicar o direito do consumidor, foram considerados o paradigma pós-positivista e a Teoria Estruturante do Direitos, de Friedrich Müller. Assim, o trabalho foi dividido em duas partes, sendo a primeira destinada à sistematização do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, e a segunda, destinada à aplicação do regime de proteção.

Na primeira parte do trabalho, está todo o processo de sistematização do que foi denominado regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Dividido em três capítulos, eles se ocuparam do exame da Teoria Estruturante do Direito, de Müller, do paradigma pós-positivista e do preenchimento do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, na nova estrutura proposta.

Assim, foram considerados o programa normativo e sua elaboração, mediante interpretação gramatical, histórica e sistemática. Como resultado da primeira parte, tivemos a sistematização do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas e, também, o desenvolvimento do conceito de práticas comerciais abusivas.

Na segunda parte, foi desenvolvida a temática da aplicação do direito do consumidor para proteção contra as práticas comerciais abusivas. Foi considerada a Teoria Estruturante do Direito e desenvolvidos o âmbito normativo e o processo de concretização da norma.

Para o desenvolvimento do âmbito da norma, foi imprescindível o caso jurídico, isto é, o caso concreto ou hipotético, repleto de elementos fáticos, não linguísticos, essenciais para a compreensão – interpretação – do programa normativo e da realização da norma.

Para a análise do artigo 39 e vários de seus incisos, assim como para a reflexão sobre o artigo 40, ambos do Código de Defesa do Consumidor, foram considerados casos jurídicos oriundos da jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça. Para outras disposições legais, foram elaboradas situações hipotéticas, tendo em vista o exame das possibilidades de concretização da norma de proteção.

Assim, a análise foi desenvolvida em cinco capítulos, sendo o capítulo inicial destinado à apresentação da matriz conceitual adotada. Os demais capítulos cuidaram do exame das disposições previstas no texto da lei.

Tal estrutura pretende analisar os problemas atuais das práticas comerciais abusivas e propor uma nova sistematização e aplicação do regime de proteção ao consumidor, que contribua para o desenvolvimento e o fortalecimento das relações de consumo.

**PARTE I - SISTEMATIZAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS**

1 A SISTEMATIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

1.1 Texto de norma, norma e normatividade nas relações jurídicas de consumo

A análise das práticas comerciais abusivas, usualmente, concentra-se no exame das disposições veiculadas pelo texto normativo do Código de Defesa do Consumidor. É habitual e correto que assim seja, na exata medida em que se procura estabelecer os limites previstos pelo programa normativo da lei de proteção ao consumidor. Entretanto, parece razoável considerar que a norma e a normatividade – a decisão concretamente aplicada e seus efeitos – não se concentram ou podem ser previstas apenas pelas disposições constantes do texto normativo.

Em recente caso enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, houve o reconhecimento da ilegalidade de um posto de gasolina condicionar a venda do combustível para pagamento a prazo, mediante a aquisição de bebidas em seu estabelecimento (REsp 384284 - j. 20/8/2009¹). O caso foi considerado pela Corte

¹ CONSUMIDOR. PAGAMENTO A PRAZO VINCULADO À AQUISIÇÃO DE OUTRO PRODUTO. "VENDA CASADA". PRÁTICA ABUSIVA CONFIGURADA.

1. O Tribunal a quo manteve a concessão de segurança para emular auto de infração consubstanciado no art. 39, I, do CDC, ao fundamento de que a impetrante apenas vinculou o pagamento a prazo da gasolina por ela comercializada à aquisição de refrigerantes, o que não ocorreria se tivesse sido paga à vista.
2. O art. 39, I, do CDC, inclui no rol das práticas abusivas a popularmente denominada "venda casada", ao estabelecer que é vedado ao fornecedor "condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos".
3. Na primeira situação descrita nesse dispositivo, a ilegalidade se configura pela vinculação de produtos e serviços de natureza distinta e, usualmente, comercializados em separado, tal como ocorrido na hipótese dos autos.
4. A dilação de prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor - assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço -, não o exime de observar normas legais que visam a coibir abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da vulnerabilidade do consumidor.
5. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, aperfeiçoam-no, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar.
6. Apenas na segunda hipótese do art. 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa, não se admitindo justificativa, portanto, para a imposição de produtos ou serviços que não os precisamente almejados pelo consumidor.
7. Recurso Especial provido.

como violação aos direitos dos consumidores, uma vez configurada a venda casada, nos termos do artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor².

A análise da referida disposição não revela nenhuma menção à forma ou ao prazo de pagamento como elemento proibitivo ou integrante da proibição da venda casada. Por isso, é possível notar que o texto da norma não abriga todos os elementos necessários para a sua concretização³ em decisão. Houve a necessidade de considerar o âmbito da norma, isto é, o contexto da realidade em que se pretende intervir e, com isso, regular a conduta humana ou, no caso, a conduta do fornecedor no mercado de consumo. Com a proibição da vinculação do prazo de pagamento à aquisição de bebidas no estabelecimento comercial, houve a realização da norma e de sua normatividade,⁴ expressa pela proibição da conduta do fornecedor. Portanto, assegurou-se o respeito à liberdade de escolha e de contratação dos consumidores.

A realização dos direitos dos consumidores pode ser efetivada mediante a concretização do programa normativo previsto no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição da República. Tal realização, como se pode observar, não depende apenas do texto da norma que veiculou a proibição, mas também da concretização da norma pelo Tribunal, pelo exercício da doutrina que reafirma, mediante análise de casos jurídicos, a abusividade e a proibição da conduta e, até mesmo, pela Administração Pública, que levou à insatisfação dos consumidores diante da conduta do fornecedor.

Por isso, apesar de o exame do texto da norma ser importante, ele não pode significar o exame da norma e de sua normatividade, nem pode considerar que todos os elementos necessários para sua aplicação estejam nele previstos. Trata-se

² Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

³ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125. "Concretizar não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir. [...] concretizar significa: produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito".

⁴ CHRISTENSEN, Ralph. apud MÜLLER, Friedrich, 2013, p. 206. "Normatividade é a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade materialmente determinada)."

de fenômenos e situações distintas que não podem escapar da análise das relações de consumo e, em especial, daquelas que prescrevem⁵ proibições ao fornecedor para a proteção do mercado de consumo e dos consumidores. Reduzir o conceito e o sentido da norma ao texto da lei e da normatividade seria um tratamento indevido dos fenômenos, tornando mais frágil⁶ e velada a análise da norma e suas implicações para o direito do consumidor.

Adotar uma nova perspectiva de análise – a pós-positivista – implicará o abandono de uma posição tradicional e confortável diante das técnicas positivistas de aplicação do direito. Porém, tal perspectiva torna-se necessária para a compreensão da complexidade do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. É também necessário para manter uma deferência ao Estado Constitucional e Democrático de Direitos, na medida em que é possível, mediante técnica jurídica pós-positivista, tornar todo o processo de interpretação e aplicação do direito controlável e transparente para toda sociedade e, em especial, para os órgãos de controle.

Abboud, Carnio e Oliveira⁷ (2014, p. 72) resume a posição pós-positivista como “aquela em que o fenômeno jurídico é analisado a partir da perspectiva da concretização, sendo o conceito de direito um ‘conceito interpretativo’”.

Neste caso, a interpretação não está relacionada com a disciplina jurídica auxiliar que trata de tornar clara a aplicação das leis, considerada como “uma tarefa abstrata que antecede o momento prático aplicativo⁸”. Ela, a interpretação, está relacionada com o momento da aplicação ou concretização do direito. Na exata medida em que a teoria hermenêutica, desenvolvida no decorrer do século XX, considerou que a “compreensão existencial que o homem pressupõe de si mesmo

⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. O sentido de prescrever é aquele utilizado por Zippelius: “As normas jurídicas não servem, pois, manifestamente para o conhecimento do mundo, mas para a regulação da conduta; mas isto significa que todas as normas jurídicas acabem, no fundo, por ser normas práticas, portanto normas de conduta”.

⁶ A fragilização do direito do consumidor é considerada no sentido de perda de segurança jurídica, na exata medida em que se utiliza a discricionariedade na aplicação das práticas comerciais abusivas.

⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72.

⁸ *Ibidem*. p. 75. “Acontece que, desde o século XIX, as discussões metodológicas e interpretativas sobre o direito articulam a hermenêutica no sentido de uma disciplina jurídica auxiliar, que tem por finalidade esclarecer as obscuridades das leis para aprimorar, através de uma interpretação teórica, o processo de aplicação do direito. A interpretação é vista aqui, portanto, como uma tarefa abstrata que antecede o momento prático aplicativo”.

nas suas relações com as coisas e com o mundo⁹ já estão acompanhadas de um sentido “*ser-no-mundo*”.

Lenio Luiz Streck¹⁰ (2011, p. 216) aduz que: “[...] quando me deparo com o texto, ele já *ex-surge normado*, a partir da minha condição de ser-no-mundo”. Mais adiante, em seu texto, ele conclui: “Por isto, repito, é impossível negar a tradição, a faticidade e a historicidade, e que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa ‘normação’”.

Se existe um sentido dado – como condição pressuposta da existência e da experiência particularizada do intérprete –, como assegurar que a interpretação não seja permeada por estes conceitos? E como realizar o controle das decisões de forma clara, precisa e eficiente?

Por isso, o exame da decisão e do processo de concretização tornam-se tão importantes. A análise da concretização do texto normativo é que revelará a norma existente e, portanto, o direito é interpretação. Na medida em que o método utilizado para a concretização fica evidente em todas as suas etapas, inclusive na confrontação expressa dos valores constitutivos da essência de sua aplicação, é que haverá a possibilidade de controle pelos Poderes legítimos, assim como por toda sociedade.

O controle e a sindicância da sociedade e dos Poderes é que autorizam sua correção e a reafirmação dos valores constitucionais e de proteção do consumidor. A segurança jurídica, neste sentido, não está na previsibilidade do texto da norma considerado como norma. Ela reside na previsibilidade do método utilizado, que permitirá o controle, a validação e a correção das decisões.

Não considerar o texto normativo como sinônimo de norma, e afastar-se da aplicação mediante subsunção e discricionariedade,¹¹ são desafios porque

⁹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 75.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 216.

¹¹ *Ibidem*. p. 73. Considerar a subsunção e a discricionariedade pode acarretar excesso e não se coaduna o Estado Democrático de Direito, pois nestes casos, prevalece o ato de vontade e não de conhecimento do aplicador. Veja o seguinte trecho em que há a defesa da aplicação como ato de vontade: “Toda norma jurídica possui um espaço moldural que o aplicador deve preencher com sua interpretação – e de acordo com sua vontade – no momento da aplicação da norma”.

implicam maior complexidade na concretização da norma e, nem sempre, será possível assegurar previsibilidade aos casos abrangidos pelo texto normativo que veicula as práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, o método utilizado para sistematizar a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas permitirá uma reflexão realizada por etapas e, de forma clara, acolhendo, e não afastando, os elementos que podem conferir alguma subjetividade ao processo de decisão. É importante revelar os valores e a subjetividade existentes no processo de concretização da norma, pois eles existem e são constitutivos do processo de decisão. Na exata medida em que os elementos que integrarão a decisão são revelados, ainda que decorrentes de uma determinada subjetividade, fica também possível o seu controle pelos Poderes legítimos, que poderão examinar a adequação de tais argumentos face ao disposto na lei e na própria Constituição.

É necessário articular a subjetividade no processo de decisão e concretização das normas de proteção ao consumidor, especialmente daquelas destinadas à proteção contra práticas comerciais abusivas. Como será visto, as disposições enunciadas no Código de Defesa do Consumidor estão repletas de prescrições de texturas abertas, permitindo uma aplicação discricionária que pode resultar em excessos ou abusos na proteção dos consumidores.

Por isso, o método pós-positivista preconizado por Friedrich Müller é utilizado para sistematizar as disposições prescritivas para proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. O homem e sua subjetividade não são retirados ou obliterados do processo de decisão. Não se nega a existência da subjetividade, ao contrário, ela é trazida para dentro do processo e tratada, para que dela não resulte arbitrariedade ou excesso. Assim, ela se torna parte constitutiva, como de fato é, do processo de concretização da norma de proteção ao consumidor. Na essência, considera-se o homem e sua existência, conforme explicitado por Abboud¹² (2015):

Essa a revolução: toda a tradição anterior pensou a ontologia fora do homem. Era uma ontologia da coisa, de essências, de objetos, portanto,

¹² ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

uma ontologia que, paradoxalmente, se dirigia ao ente e não ao ser. Heidegger desloca o homem para dentro da ontologia, incluindo o seu modo de ser na problemática ontológica e transforma a reflexão filosófica em uma ontologia da compreensão.

Como no exemplo inicialmente apresentado, a prática abusiva de vincular a obrigatoriedade de o consumidor adquirir alimentos no posto de gasolina para obter a possibilidade de pagamento parcelado não está expressamente prevista no texto normativo. O que está prevista na lei (texto normativo) é a proibição da venda casada. Foi necessário o caso concreto e toda a sua riqueza de possibilidades para que o enunciado legal produzisse seus efeitos, para que fosse possível a sua concretização e, portanto, a sua manifestação como norma. Assim, a prática abusiva, relatada no exemplo, não estava pronta e acabada no texto normativo. O artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor não veicula a norma que, mediante casos concretos, poderia ser subsumida e ter assegurada a sua normatividade. Para Müller (2013, p. 99): “O *texto da norma* não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/*input* mais importante do processo de concretização, ao lado do *caso* a ser decidido juridicamente”.

Com o texto da norma, é possível iniciar o processo de concretização, que resultará na norma. É necessário o caso concreto ou abstrato no qual se concretizará a norma. Nesse contexto haverá a interpretação e a consideração dos elementos econômicos, sociais e éticos, respeitado o limite estabelecido pelo enunciado da Lei de Defesa do Consumidor. Por isso, a parte mais significativa de todo exame sistemático da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas está na capacidade de extrair e expor os argumentos que serão utilizados para a concretização da norma. É o controle de tais argumentos que permitirá a aferição da constitucionalidade e legalidade da aplicação. Trata-se de extrair da operação positivista – da subsunção – a transparência do processo decisório. Tornar clara a operação racional, usualmente realizada pelo aplicador do direito, pelo acadêmico e também pelos operadores do direito, mas que, revestida pela técnica positiva, acaba por ficar velada e não passível de controle. Na prática, verifica-se que os elementos substantivos que determinam a aplicação do programa normativo e o seu âmbito de aplicação são substituídos pela indicação das disposições veiculadas pelo texto normativo. Para a cultura positivista, a indicação é fundamental, pois é no dispositivo legal que se encontra a própria norma. Para

enfrentar a complexidade de nossa sociedade de consumo¹³, ela não é suficiente, pois não apresentará respostas constitucionais adequadas aos conflitos de consumo, e pode também resultar em retrocessos para a proteção do consumidor.

O desafio de elaborar experimentalmente este modelo sistemático da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas está também na compreensão de que o objetivo final não é a previsibilidade dos casos e situações que serão considerados abusivos ao consumidor. A dificuldade está na compreensão de que a previsibilidade possível está nos limites estabelecidos pelo texto normativo, adotado como *input* de todo o processo de concretização da norma e, principalmente, pelo método utilizado para a construção da norma, que somente ocorrerá diante do caso concreto do operador do direito ou do caso abstrato concebido pelo acadêmico. Não é possível sistematizar as hipóteses estritas aplicáveis em futuras decisões.

Trata-se de uma posição de experimentação do direito diante da realidade e dos fatos existentes. Para Zippelius¹⁴ (2010), a experimentação do direito compreende o desenvolvimento de um “método de pensamento experimental” realizado por tentativas, como uma “sequência de experiências de reflexão, na qual aquilo que foi construído submete-se à prova de objeções e, caso não possa sustentar-se, seja promovida a sua substituição por outras soluções.

Pretende-se, mediante experimentação e uso de técnica pós-positivista, desenvolver um sistema que permita a análise crítica das disposições que compõem as práticas comerciais abusivas e, ao final, propor um método para a aplicação e a decisão que possa ser controlado pela sociedade e, em especial, pelo Poder Judiciário. Trata-se, ao final, de uma sistematização que permita auferir um regime de proteção contra as práticas comerciais abusivas nas relações de consumo.

¹³ Apesar de não haver um consenso na doutrina sobre o conceito de sociedade de consumo, foi adotado neste trabalho a formulação realizada por Marcelo Gomes Sodré, no livro *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 25: “Respondendo muito genericamente, e sem a precisão necessária, chamamos de sociedade de consumo aquela na qual, tendo fundamento em relações econômicas capitalistas, estão presentes, pelo menos, cinco externalidades: (i) produção em série de produtos, (ii) distribuição em massa de produtos e serviços, (iii) publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos, (iv) contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e (v) oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor”.

¹⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Sistematização esta que permita problematizar inúmeras hipóteses, racionalidades, contextos de aplicação, dimensões econômicas, sociais, éticas e também subjetividades. Um método que expresse a ontologia da compreensão, que tome o homem como centro de todo o processo, e que não utilize a linguagem e a interpretação como ferramentas para justificar a decisão sem que seu mérito seja submetido ao controle da sociedade.

A consistência da proteção do consumidor está na sociedade e em sua representação expressa pelos Poderes constituídos. É necessário que o direito do consumidor e sua aplicação sejam capazes de assegurar a transparência das decisões judiciais que encerrarão os conflitos. É fundamental que o conjunto de valores expressos nos documentos normativos fique evidenciado no processo de concretização da norma, ainda que nem sempre seja favorável ao consumidor, pois só assim a sociedade poderá participar da decisão e, com isto, corrigir ou reafirmar seu posicionamento e, ao final, assumir a sua responsabilidade no pacto político e em sua cidadania.

1.2 As práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor: preliminares ao processo de sistematização

O controle dos abusos praticados no mercado de consumo está previsto em diversas disposições do Código de Defesa do Consumidor. São verdadeiros limites estabelecidos pelo texto normativo aos fornecedores, na comercialização de produtos ou prestação de serviços.

De forma geral, é possível apontar o controle de abuso nas relações jurídicas de consumo em todo o Código de Defesa do Consumidor¹⁵. É também possível notar uma disciplina específica de controle da abusividade quando o texto normativo estabelece a proibição da publicidade abusiva (artigo 37, § 2º), a vedação das práticas comerciais abusivas (artigos 39, 40 e 41) e o controle das cláusulas contratuais abusivas (artigo 51).

¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. 6.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014. p. 296.

Para Herman Benjamin¹⁶ (2014, p. 296) as práticas abusivas vão além das disposições acima previstas:

São práticas abusivas a colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10), a comercialização de produtos ou serviços impróprios (arts. 18, §6º, e 20, § 2º), o não emprego de peças de reposição adequadas (art. 21), a falta de componentes e peças de reposição (art. 32), a ausência de informação na venda a distância, sobre o nome e endereço do fabricante (art. 32), a veiculação de publicidade clandestina (art. 36) e abusiva (art. 37, §2º), a cobrança irregular de dívidas de consumo (art. 42), o arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação (art. 43), a utilização de cláusula contratual abusiva (art. 51).

Para o autor, as práticas comerciais abusivas referem-se ao gênero de todas as desconformidades dos padrões mercadológicos da sociedade de consumo, sendo as cláusulas abusivas e as publicidades abusivas espécies desta inadequação, além das circunstâncias e dispositivos acima citados.

Em sentido amplo, é possível conceber um conceito geral de práticas comerciais abusivas nas diversas disposições indicadas, pois trata-se de prescrição de condutas que, de alguma forma, limitam o exercício de direitos subjetivos do fornecedor.

Entretanto, é importante considerar que o conjunto de prescrições dispostas expressamente na seção de práticas abusivas representa um sistema próprio que, ao final, compõe um determinado instituto jurídico¹⁷: o regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

O mesmo ocorreria com as disposições antes referenciadas que, em sentido amplo, seriam consideradas práticas abusivas. Nesse caso, as previsões relacionadas à saúde e segurança, à responsabilidade por danos decorrentes de vícios, aos deveres da oferta no mercado de consumo, à publicidade e ao controle das cláusulas contratuais abusivas já integrariam e comporiam seus respectivos sistemas, orientados por objetivos próprios. Tais disposições legais, portanto, não

¹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. 6.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014. p. 295.

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 335: “Os institutos representam, por conseguinte, estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a uma dada esfera da experiência jurídica”.

integram o regime das práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor. Apesar disso, elas são importantes, pois a reunião de todos os referidos institutos expressa uma finalidade maior, que é realizar a proteção ao consumidor.

Definido o âmbito do que seria o regime de proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas, importa avançar no pensar, de forma sistemática, as práticas comerciais abusivas. O objetivo é assegurar uma metódica clara, transparente e sindicável da concretização da decisão e, portanto, de todo o processo de interpretação do programa normativo e sua realização diante do âmbito normativo das relações jurídicas de consumo.

Não se pretende, neste trabalho, uma abordagem com foco na metodologia jurídica e, em especial, na lógica. Busca-se, tão somente, um modelo metodológico que permita a construção de um sistema para análise das práticas comerciais abusivas nas relações de consumo e que, sobretudo, permita o exame de casos concretos e o encontro de possíveis soluções para a efetividade do direito do consumidor. Trata-se da transição do paradigma positivista para o pós-positivista, tendo como objeto a proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas.

Zippelius (2012) assevera que não se concebe a existência de um sistema que represente uma jurisprudência de conceitos¹⁸ da qual se poderia deduzir todas as soluções extraídas de um conjunto de axiomas. A imprecisão da linguagem do texto normativo e a necessidade de aperfeiçoamento da norma levaram a uma compreensão de que: “as normas jurídicas não resultam de especulações conceptuais, mas de ponderações de interesses adequadas ao fim em vista”.

¹⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. “A ideia de sistema sofreu depois uma viragem positivista na ideia (não concretizada de modo conseqüente) de uma jurisprudência dos conceitos: a de deduzir, com meios lógicos e sem avaliação própria, todas as decisões jurídicas de um sistema de regras jurídicas positivas e de princípios jurídicos”. Depois, mais adiante, ele explica: “Este programa de uma jurisprudência e aplicação do direito puramente dogmáticas e que simplesmente esgotam o sentido de um direito prefixado revelou-se inexequível”.

Assim, não se pretende articular um conjunto de axiomas das práticas comerciais abusivas para que, a partir dele, seja possível deduzir as soluções para os casos concretos que se apresentem na vida do consumidor.

Pretende-se experimentar uma metódica que compreenda as imprecisões da linguagem e que considere os textos normativos repletos de conflitos e lacunas, possibilitando conceber um sistema que represente uma ordem e uma unidade, e que também torne claro cada etapa de construção e concretização da norma diante do caso concreto.

Espera-se que, a cada etapa realizada, o programa da norma e o âmbito da aplicação, conforme a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, possam conferir maior segurança jurídica no processo de concretização da norma e, assim, assegurar a normatividade da proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas.

1.3 O conjunto prescritivo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor e sua organização como sistema

A existência de inúmeras disposições na lei de proteção ao consumidor que veiculam proibições de determinadas condutas consideradas espécies de práticas comerciais abusivas demonstram que há uma casuística na ordenação e articulação das referidas disposições.

Não se refuta que as disposições anteriormente referidas, como no caso de saúde e segurança ou do controle da publicidade abusiva, veiculem limitações ao exercício de direitos subjetivos do fornecedor. Mas, pretende-se, nesta perspectiva, sustentar a possibilidade de uma sistematização das disposições dos artigos¹⁹ 4º, inciso VI, 6º, inciso IV e das disposições previstas na seção IV do Código de Defesa do Consumidor, como um regime próprio de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Considera-se que, uma vez existindo a possibilidade

¹⁹ “Art. 4º, VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; ” e “Art. 6º, IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

desta sistematização, o mesmo deve ocorrer com os casos exemplificados. Ou seja, que a proibição da publicidade abusiva possa ser compreendida, como de fato é, integrada ao regime jurídico da publicidade nas relações de consumo, e não como parte do regime de proteção do consumidor contra práticas comerciais abusivas.

A existência de um regime próprio para a proteção do consumidor exige a sistematização das suas disposições. Exige, também, uma articulação que demonstre o seu funcionamento sem que ocorra a perda de sua unidade, coerência e consistência.

Segundo Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior²⁰ (2015, p. 447), a ideia de sistema está relacionada com a existência de um conjunto de ideias de diferentes conhecimentos, mas que representam uma unidade. Mais ainda, um conceito que apresenta uma “conexão interna que liga todos os institutos jurídicos e as regras jurídicas numa grande unidade²¹”.

Para Miguel Reale²² (2002, p. 484), a unidade jurídica não se confunde com a unidade orgânica que existe para a realização de uma função. O exemplo utilizado é o coração que compõe a unidade orgânica do corpo humano e cumpre uma função. No entanto, quando lidamos com ciências humanas e, entre elas, com o Direito, a unidade é dada quando as partes componentes existem para cumprir uma finalidade, “para perseguir um *objetivo comum*, irreduzível às partes componentes”.

Assim, haverá um sistema de práticas comerciais abusivas se for demonstrado que há inúmeras disposições, ainda que distintas, que são conectadas por um elemento interno e que, ao final, representam uma grande unidade, isto é, um propósito final.

Seria possível conceber a existência de um sistema de proteção contra práticas comerciais abusivas que contivesse inúmeras disposições, conforme examinado anteriormente, que veiculassem uma limitação do exercício de direitos subjetivos pelo fornecedor. Contudo, o texto normativo de cada disposição conecta-

²⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. 1

²¹ *Ibidem*. p. 447.

²² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 484.

se internamente com outros propósitos que não declaradamente a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

A proteção da saúde e segurança do consumidor está disciplinada pelos artigos 8º, 9º e 10 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um regime geral com disposições diversas, porém conectadas internamente com uma ordem e uma unidade cujo principal objetivo é assegurar ao consumidor o direito básico à vida – artigo 6º, inciso I²³. Nota-se que, embora exista uma limitação à liberdade do fornecedor, o propósito da proibição é assegurar o direito à vida. Não se desconhece que tal proibição possa também proteger o consumidor de uma prática comercial abusiva, mas não resta dúvida de que sua finalidade precípua é a tutela da vida e não os eventuais excessos e abusos praticados no mercado de consumo.

Por isso, embora seja possível, em sentido amplo, que a proibição de colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade seja uma prática comercial abusiva, em sentido mais estrito e para fins de construção de um sistema de proteção contra práticas comerciais abusivas, ela não pode ser assim considerada. A sua conexão interna é relacionada com a proteção da saúde e segurança do consumidor e não com a proteção contra práticas comerciais abusivas. Nesse caso, a conexão interna está diretamente relacionada com a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo”, conforme prevê o art. 4º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

A previsão de impropriedade dos produtos ou serviços comercializados no mercado de consumo, conforme disposições dos artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, articula-se com o regime de responsabilidade por vícios do produto ou serviço. São importantes porque estabelecem uma vedação ao fornecedor e o seu descumprimento enseja a reparação de danos do consumidor. Seu propósito é estabelecer os mecanismos necessários para o regime de reparação de danos, e não a coibição e repressão aos abusos no mercado de

²³ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.”

consumo. Logo, eles também não integram o regime de práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor.

O mesmo acontece com a prescrição prevista no artigo 21 do Código de Defesa do Consumidor²⁴. Neste caso, o dever do prestador de serviços está diretamente relacionado com a prevenção e a eventual reparação de danos a ser promovida perante o consumidor. Não se trata de uma hipótese que pretende estabelecer, como objetivo principal, a proteção contra práticas comerciais abusivas. Trata-se de estabelecer requisito para uma prestação de serviços com qualidade mínima garantida pela lei. Não por outra razão, tal prescrição encontra-se no capítulo da responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Do mesmo modo, quando se examina o problema da falta de componentes e peças de reposição²⁵ (artigo 32), ou a ausência de informação sobre o nome e o endereço do fabricante na venda à distância²⁶ (artigo 33), pretende-se estabelecer deveres positivos da oferta no mercado de consumo. Tais disposições, sistemicamente consideradas, passam a compreender um conjunto de obrigações do fornecedor no momento da oferta de seus produtos ou serviços. A conexão interna entre elas está na obrigação *ex ante* dos fornecedores e, portanto, na condição para o exercício de suas atividades. Não houve precipuamente o objetivo de estabelecer ou declarar a sua abusividade, embora seja razoável considerar que o referido descumprimento ensejaria excesso ou abuso por parte do fornecedor.

No caso da veiculação de publicidade clandestina²⁷ (artigo 36) e abusiva²⁸ (artigo 37, §2º), da cobrança irregular de dívidas de consumo²⁹ (artigo 42), do

²⁴ Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objeto a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

²⁵ Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

²⁶ Art. 33. Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

²⁷ Art. 36 A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, identifique-a como tal.

²⁸ Art. 37, § 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação³⁰ (artigo 43), e da utilização de cláusula contratual abusiva,³¹ (artigo 51) é possível sustentar a mesma posição. Tais dispositivos legais já integram seus referidos sistemas que, ordenados de forma articulada, representam uma conexão interna que determina suas respectivas unidades, isto é, encerram uma finalidade mediata, que é a proteção do consumidor e a imediata tutela dos valores expressos em suas referidas seções ou capítulos. No caso da publicidade, identifica-se a existência de um regime jurídico próprio para a publicidade. No caso dos bancos de dados e arquivos de consumo, da proteção da privacidade e da dignidade do consumidor, e do controle das cláusulas contratuais abusivas, verifica-se um sistema da proteção contratual dos consumidores.

A seção de práticas abusivas no capítulo das práticas comerciais do Código de Defesa do Consumidor representa uma sistematização própria, como parte integrante do microsistema de direito do consumidor. Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³² (2010, p. 258) o microsistema das relações de consumo:

²⁹ Art. 42 Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

³⁰ Art. 43 O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

³¹ Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II- subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - 12 (Vetado.); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

³² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

O CDC é lei composta por normas oriundas de vários ramos do direito tradicional: civil, comercial, econômico, administrativo, penal, processual civil, processual penal etc. Tem natureza de microssistema, isto é, de lei que procura regular tanto quanto possível, completamente a matéria de que se ocupa.

Assim, resta evidente que a seção de práticas comerciais e as citadas disposições compõem um pensamento sistemático e não são autônomas em relação ao próprio Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, elas estão contidas nele e são partes fundamentais para que os valores, deveres e programas sejam, à luz da Constituição da República, realizados.

Estabelecido o conjunto de textos normativos que compõem o regime de proteção do consumidor contra práticas comerciais abusivas, importa refletir o que representa este regime e como ele pode ser concretizado mediante ato de decisão por parte do Poder Judiciário, pela Administração Pública ou mesmo pelo trabalho do operador do direito.

Em outras palavras, a sistematização da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas deverá ser realizada com instrumentos fornecidos pela metódica estruturante do direito preconizadas por Friedrich Müller³³. Importante observar que o propósito da presente investigação é o exame das práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor. A Teoria Estruturante do Direito será utilizada como uma matriz analítica e permitirá examinar os institutos de proteção ao consumidor à luz de uma concepção pós-positivista do Direito. Ela não é o objeto da reflexão e da investigação.

³³ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

2 A APLICAÇÃO DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO NA SISTEMATIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

2.1 O positivismo e o pós-positivismo: o descompasso e a necessidade de um novo paradigma para a sistematização do direito do consumidor

A sistematização da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, prevista no Código de Defesa do Consumidor, no paradigma positivista, pode resultar na mitigação do regime protetivo dos consumidores.

É assim porque a técnica do positivismo jurídico considera o texto da lei como a própria norma de proteção dos consumidores. Como resultado desta premissa, existindo norma, a aplicação do direito do consumidor seria apenas a sua subsunção³⁴ ao caso concreto.

Haveria um silogismo³⁵ entre a norma existente, veiculada pela lei, e o caso concreto. Seria necessário subsumir a norma existente ao caso concreto para que a decisão do legislador de proteger o consumidor fosse assegurada.

Como examinado inicialmente, o texto da lei não é capaz de apresentar todos os elementos para a concretização da norma. No paradigma positivista legalista, a interpretação resume-se na busca do significado da vontade da lei ou do legislador. No entanto, fica evidente o problema da concepção quando a norma (texto da lei) não apresenta elementos suficientes para a sua aplicação. São situações em que o conteúdo veiculado pela lei é aberto, amplo, ou ainda, impreciso. Nestes casos, o aplicador – qualquer que seja ele, juiz, administrador público ou acadêmico – teria que utilizar a discricionariedade para apresentar uma solução ao caso concreto.

A busca pela introdução de elementos valorativos no ordenamento jurídico foi uma necessidade da sociedade. A existência de disposições que veiculam conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais e de textura aberta

³⁴ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1080. Verificar a definição de subsumir. “Pensar um indivíduo como compreendido numa espécie, ou uma espécie compreendida num gênero; considerar um fato como a aplicação de uma lei”.

³⁵ *Ibidem*. p. 1013. Para o autor, o silogismo seria “todo raciocínio dedutivo rigoroso e que não supõe nenhuma proposição estranha subentendida”.

representa verdadeiros portais para a aplicação de valores e a ponderação existente entre eles. Assim, o alerta registrado por Georges Abboud³⁶ (2016, p. 62) indica que é importante ficar atento aos riscos da importação direta de modelos jurídicos, pois:

Hodiernamente, diversos setores da doutrina e dos Tribunais, a pretexto de trabalharem em um paradigma *neoconstitucionalista*, passam a argumentar com fundamento em valores e utilizando a proporcionalidade em detrimento da legalidade, e, principalmente, a constitucionalidade vigente, descambando, em regra, para a discricionariedade e arbitrariedade.

Os elementos de natureza subjetiva que expressam o conjunto de valores considerados pelo aplicador até seriam ponderados no processo de decisão, mas não constariam de forma expressa, precisa e clara na decisão, havendo apenas a indicação da “norma” aplicável ao caso concreto. A legitimação do processo ocorreria com a simples referência ao dispositivo do texto da lei. Ela seria substituída pela indicação da “norma” e continuaria velada para o controle judicial e de toda a sociedade.

Na medida em que não há a declaração expressa dos elementos subjetivos considerados para o processo de aplicação, não há o controle de sua aderência e adequação legal e constitucional. Não se torna possível satisfazer, de modo efetivo, o controle substantivo da legitimidade da decisão, isto é, se ela atende ou não ao interesse e ao direito do consumidor e das relações de consumo, consoante o texto da lei e o ordenamento constitucional.

No paradigma do positivismo jurídico, a interpretação e aplicação do texto da lei ocorre com a subsunção da norma ao caso concreto, não havendo espaço para a explicitação dos elementos subjetivos que constituíram o processo decisório. Considera-se que a norma já existe e que a técnica se resume à sua aplicação ao caso concreto.

Para Müller³⁷ (2008, p. 186), quando se confunde o texto da lei com a norma, sua metodologia fica comprometida, porque esta fica reduzida ao método de interpretação de fórmulas linguísticas, que deve resultar na descoberta da essência jurídica do instituto jurídico examinado. Os elementos não jurídicos são

³⁶ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico. p. 62.

³⁷ MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008. p. 186

considerados metajurídicos, e devem ser elaborados fora da norma. Há uma “cisão ficcional entre o jurídico e a realidade³⁸”, o que pode resultar num legalismo acrítico³⁹, asséptico, incapaz de promover, de forma clara, transparente e precisa, o debate de valores e circunstâncias que orientaram e constituíram a decisão.

Sem um controle substantivo do texto da lei e sua adequação, inclusive no plano do conjunto de valores expressos na Constituição, o processo de decisão e a concretização da norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas resultam mitigados e enfraquecidos. Não se trata de uma crise do modelo de proteção ao consumidor, mas da técnica utilizada para sua implementação, que não resulta em uma resposta adequada ao Estado Constitucional e à proteção dos consumidores.

Por isso, a sistematização da proteção do consumidor busca um novo paradigma – pós-positivista – e também uma nova matriz para estruturar a proteção contra práticas comerciais abusivas.

Para Georges Abboud⁴⁰ (2016, p. 57), “O pós-positivismo consiste em paradigma que analise o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade”. É no plano da realidade que ocorrem as relações de consumo. É também nele que ocorrem as lesões aos consumidores, sendo o local em que se faz necessária a aplicação e concretização da norma de proteção dos consumidores, prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Para melhor compreensão das considerações anteriores, apresentaremos uma síntese dos principais pontos conceituais que utilizamos para demonstrar o descompasso do paradigma do positivismo jurídico e a necessidade de aplicarmos o novo paradigma pós-positivista e a Teoria Estruturante do Direito.

Inicialmente, importa registrar as noções preliminares do positivismo filosófico, do positivismo jurídico e do pós-positivismo. Até porque o pós-positivismo

³⁸ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico. p. 66.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001. “O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados”.

⁴⁰ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico. p. 57.

não representa uma ruptura com o positivismo, sendo aproveitada toda a produção que conferiu cientificidade ao conceito. Müller⁴¹ (2008, p. 188) entendeu que:

Los objetivos del positivismo de convertir la Jurisprudencia, a poder ser, en Ciencia, y lograr realizar una dogmática racional, no merecen caer en el olvido en pro de exigencias inferiores respecto a racionalidad y honradez metodológica.

Não há a pretensão de o pós-positivismo romper com o positivismo, mas de tornar evidente seus conflitos e propor novos conceitos para a superação das vulnerabilidades conceituais e operacionais existentes. Pretende-se aperfeiçoar a aplicação do direito e, neste caso, oferecer uma contribuição para a sistematização da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, previstas na lei de proteção das relações de consumo.

Para a compreensão, ainda que sintética, do positivismo filosófico, Nicola Abbagnano⁴² (2000, p. 776), informa que a expressão foi utilizada pela primeira vez em 1830 por Saint-Simon. Seu propósito era “designar o método exato das ciências e a sua extensão para filosofia”. A expressão foi adotada por Augusto Comte e “passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do séc. XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental”. Para Abbagnano⁴³, de forma sintética, três são as teses fundamentais do positivismo, *verbis*:

⁴¹ MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008. p.188

⁴² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 776.

⁴³ *Ibidem*. p. 777.

1ª. A ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido: portanto, o recurso, a causa ou princípios não acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos; a metafísica, que percorre a tal método, não tem nenhum valor.

2ª. O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar as relações constantes entre os fatos expressos pelas leis, que permitem a previsão dos próprios fatos (Comte); ou no sentido de mostrar a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples (Spencer).

3ª. O método da ciência, por ser o único válido, deve ser estendido a todos os campos de indagação e da atividade humana; toda a vida humana, individual ou social, deve ser guiada por ele.

Para Luís Roberto Barroso (2001, p.26), o positivismo filosófico era marcado por uma nova crença, num momento de maturidade da racionalidade do homem. Para ele, *verbis*:

O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana.

De forma nítida, o positivismo filosófico excluiu a metafísica do processo científico e, por conseguinte, produziu, no âmbito jurídico, o isolamento da atuação do operador do direito e do jurista, que deixaram de considerar os elementos extrajurídicos. Para Comte⁴⁴ (1978), o abandono da metafísica ocorre porque não é possível apreender as noções absolutas:

Enfim, no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude.

Esta exclusão da metafísica é registrada por Zippelius⁴⁵ (2012) que entendeu que, “Após o fracasso de esforços metafísicos precedentes, o positivismo filosófico pretendeu admitir as realidades observáveis e a sua ordem conceptual como objeto do esforço epistemológico com sentido”. Para o autor Auguste Comte (1798-1857), “colocou à filosofia a tarefa de relacionar entre si os factos observáveis segundo as suas semelhanças e os seus nexos causais”.

⁴⁴ COMTE, Auguste. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁴⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

Georges Abboud⁴⁶ (2014) afirma que o positivismo jurídico “exclui de sua esfera de análise qualquer conteúdo transcendente ao direito positivo, limitando-se a descrever e organizar apenas o direito produzido pelo convívio humano, chamado direito positivo”.

O positivismo está relacionado com a observação dos fatos e a possibilidade de implicá-los a determinados eventos. Na medida em que exista um padrão de eventos e fatos, torna-se possível enunciar leis e regras que estabeleçam uma previsibilidade para eventos futuros, mediante método, o que confere sua natureza científica. O conhecimento não advém da crença em algo que esteja fora do homem, mas da sua capacidade racional de observar e implicar, racionalmente, os fatos aos eventos.

É partir deste atributo, previsibilidade, que Zippelius (2012), aponta o realismo jurídico norte-americano na conhecida expressão de Holmes para ilustrar o papel do positivismo:

[...] o direito contém ‘vaticínios daquilo que os tribunais irão de facto fazer. Da mesma maneira que o meteorologista tem de prever o tempo amanhã com maior ou menor precisão, o jurista teria assim de, com alguma probabilidade, prever como factos as sentenças a esperar do tribunal.

Para Luís Roberto Barroso⁴⁷ (2001, p.21), o positivismo jurídico decorre do positivismo filosófico que foi utilizado pelo Direito, eis que sua justificativa está alicerçada “na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais”. Assim, o direito é reduzido à norma, oriunda do Estado, e com dois grandes atributos, a imperatividade e a força, que seriam utilizadas nos casos de resistência ao dever prescrito pelo Estado. O autor identifica quatro elementos característicos do positivismo jurídico: 1. “a aproximação quase plena entre Direito e norma”; 2. “a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado”; 3. A ideia de “completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas”; e por último, 4. o formalismo, isto é,

⁴⁶ ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*: Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 225, jul./set., 2001.

“a validade do conteúdo”, quando então “se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”.

John Gilissen⁴⁸ (1995, p. 516) ilustra o surgimento da Escola da Exegese e do positivismo legalista, a partir da promulgação do Código Civil de 1804. Com a edição do novo documento legislativo civil, os juristas passaram a conferir uma importância sem precedentes para o estudo do texto legal, chegando a isolar o Código Civil de outros códigos e do meio social em que ele havia sido editado. “Consideravam-no em si, como um todo, do qual eles deviam deduzir por via de raciocínio todas as soluções teoricamente possíveis”. Para este movimento, segundo o autor, “todo o direito está na lei. Só o legislador, agindo em nome da nação soberana, tem o poder de elaborar o direito”.

Neste período, o positivismo jurídico pretendia emprestar um papel autômato para o juiz, que deveria, simplesmente, assegurar a correta subsunção da “norma” ao caso concreto. Norberto Bobbio⁴⁹ (2015, p. 154) expressou que considerar o positivismo jurídico apenas como “a teoria da interpretação mecânica da lei” não seria mais possível e que este poderia ser refutado, “pois creio que teriam razão aqueles que sugerem descartá-lo, pela ótima razão de que ele é desmentido pelos fatos”.

A neutralidade da ciência e do método positivista representou uma concepção de ciência jurídica que simplesmente expressava um conjunto de valores de uma determinada época. Há uma correspondência entre o que era considerado o papel da ciência e o conjunto de valores que permeavam aquela determinada sociedade. Pode-se observar, nas afirmações de Franz Wieacker⁵⁰ (2004, p. 645), que “o programa de uma ciência especializada, ela própria baseada em certos pressupostos éticos e, como tal, sintonizada com uma cultura jurídica eticamente fundada com a sociedade” é o que conferia validade para o “formalismo jurídico-científico do séc. XIX”.

⁴⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 516.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016. p. 154.

⁵⁰ WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 645.

No entanto, com a transformação da sociedade e o surgimento de novos valores culturais e sociais, a legitimidade do positivismo foi questionada, pois, não podia sustentar-se apenas na edição de leis gerais, com a adoção de procedimentos disciplinados na lei, ainda que reputados válidos. Exigia-se uma consonância do programa científico especializado com os valores expressos pela sociedade naquele momento. Franz Wieacker⁵¹ (2004, p. 645) alerta que quando “a renovação constante da vontade geral é posta de fora de jogo pela destruição da comunidade nacional de valores e convicções, pelo egoísmo ou demagogia das maiorias parlamentares”, pode-se apontar a quebra desta legitimidade. O texto de lei e a ciência do direito deveriam considerar o conjunto de valores da época e o sentimento de justiça deveria ter sido considerado em todo o processo. Excluí-lo e validar a ciência apenas em critérios formais e procedimentais representava a negação dos valores da sociedade e, por isso, a afirmação que considerava, em 1967, a “degenerescência do positivismo”.

Luís Roberto Barroso⁵² (2008, p. 24), descreve a crise do positivismo em dois grandes eixos – a dissonância do positivismo jurídico e a sociedade, na medida em que “o debate acerca da justiça se encerrava quando a positivação da norma tinha caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”. De outro lado, havia uma grande preocupação com o regresso de modelos de juízo de valor que representassem um simples retorno ao jusnaturalismo, *verbis*:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao Jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.

Se o “fetiche da lei e o legalismo acrítico”, que nas palavras de Luís Roberto Barroso (2001, p. 23), “serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados”, a aplicação dos valores, inspirada na Jurisprudência dos Valores,

⁵¹ WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 645.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*: Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 225, jul./set., 2001. p. 24.

segundo Georges Abboud ⁵³ (2016, p. 63), “produziu um tipo de discurso metodológico que, ainda hoje, faz parte de nossa doutrina e jurisprudência” e que recebeu críticas pelo “excesso de subjetivismo que existe na ideia de valores (que estão a depender do sujeito que os conhece e os articula)” e pelos procedimentos de ponderação que, em muitos casos, podem ser considerados irracionais para o direito, quando abandonam a legalidade existente, “sob o pretexto de utilização da proporcionalidade/ponderação para se alcançar a decisão desejada ao caso concreto”.

A aplicação e a consideração de valores são fundamentais para a proteção dos consumidores, pois expressa a tutela constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República, que reconhece como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor. Entretanto, a aplicação de outros valores – tais como a liberdade e a livre iniciativa – também está prevista pelo texto constitucional como princípios, e pode impactar a proteção do consumidor. Enfrentar esta colisão de direitos é tarefa complexa, que necessita de um paradigma de análise que permita o controle e a aderência ao Estado Constitucional.

Por isso, o paradigma que fundamenta a sistematização da proteção do consumidor contra as práticas comerciais é tão importante. O ponto fundamental está no paradigma adotado para análise e aplicação do direito, em sua capacidade de extrair e revelar para a sociedade o conjunto de valores utilizados na concretização da norma. No caso de colisão de princípios – livre iniciativa e defesa do consumidor –, é fundamental que se declare quais os valores que contemplam e sustentam a concretização da norma de proteção do consumidor. Se não houver essa transparência e clareza e, portanto, se mantiver velado esse conjunto de valores que sustentam a decisão e ela resumir-se a mera indicação da disposição aplicada, não será possível para a sociedade realizar o seu controle constitucional e legal. Sua sustentação será frágil e débil. Mesmo que o texto da lei tenha sido aplicado para a proteção do consumidor, se de forma substantiva ele não declarar os valores que sustenta, a sua defesa pela sociedade restará prejudicada. De outro lado, se a decisão mitigar ou reduzir a proteção do consumidor, a mesma forma,

⁵³ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico. p.63.

será muito difícil contraditar os argumentos que emprestam sustentação e, portanto, o processo de controle também ficará comprometido. O resultado, num e noutro caso, será o comprometimento da integridade do direito e de sua capacidade de expressar e compreender os pactos da sociedade.

Destarte, o paradigma pós-positivista, no modelo preconizado por Müller na teoria estruturante do direito, é defendido e utilizado para a sistematização do direito do consumidor, especialmente para a proteção contra as práticas comerciais abusivas. Pretende-se, com o paradigma pós-positivista, afastar os cânones da discricionariedade e subsunção, e abraçar o processo hermenêutico, para considerar que “interpretar é dar sentido, e não reproduzir sentido⁵⁴”. E que não devemos considerar que vivemos um “estado da natureza”, em que ocorre uma “guerra de sentidos contra sentidos”. Mas que, devemos buscar no Direito e, portanto, na linguagem⁵⁵, a compreensão e o sentido de vivermos em sociedade, e o que queremos e esperamos que sejam as relações jurídicas de consumo e, em especial, a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

2.2 A estrutura do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas: o programa normativo e o âmbito normativo de Müller

A análise sistemática do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, segundo o paradigma estabelecido pela teoria estruturante do direito de Müller, não tem a pretensão de apontar hipóteses de aplicação direta da lei de proteção ao consumidor. Não se trata da apresentação de uma estrutura conceitual que permita a subsunção do que se considera norma ao caso concreto. Tampouco procura apontar “um motivo condutor (*Leitmotiv*) em uma hierarquia de valores que fundamenta a interpretação⁵⁶”.

O objetivo da análise sistemática é a racionalização da construção da norma de proteção do consumidor, com a busca de seus fundamentos nos limites prescritos no texto normativo. A metódica de concretização do texto protetivo deve permitir analisar, com clareza e transparência, todas as etapas do processo e, deste

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 288.

⁵⁵ NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra, Coimbra editora, 1983. p. 90

⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 244.

modo, assegurar um controle maior por parte de toda sociedade. Busca, com o paradigma pós-positivista, e com a metódica estruturante, a compreensão e o sentido de vivermos em sociedade e o que queremos e esperamos que sejam as relações jurídicas de consumo.

Müller (2008, p. 248)⁵⁷, esclarece que o objetivo da teoria estruturante da norma jurídica é “aumentar as exigências pela racionalidade da concretização”. Esta racionalização é fundamental para enfrentar decisões aparentemente lógicas e concisas, mas embasadas em ponderações ou juízo de valores éticos que prevalecem aos juridicamente fundamentados, não apontando, com precisão, os elementos de diferenciação.

Assim, como etapas necessárias da metódica, o texto normativo precisa, mediante utilização de elementos linguísticos, ser constituído como programa normativo.

O programa da norma, segundo Müller⁵⁸ (2013, p. 194), é o teor literal expresso no texto da lei, acrescido de seus recursos interpretativos auxiliares. Temos, como recursos interpretativos auxiliares, as interpretações do texto decorrentes da interpretação gramatical, histórica e sistemática do texto da norma, até as figuras interpretativas especiais das grandes áreas do direito, que ele exemplifica como sendo do direito penal, do direito civil, da história do direito e também do direito comparado. Importante notar que o programa da norma indica os elementos relevantes para a decisão jurídica. Ele representa uma “diretiva orientadora⁵⁹”, revelando um caráter de obrigatoriedade “tanto para a indagação como para ponderação”. Para Christensen⁶⁰ (2013, p. 207) o programa da norma é “o resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem”.

⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 248.

⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 195.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 196. “Não se deve esquecer que o programa da norma desta, da totalidade dos dados efetivos atingidos por uma prescrição, os momentos relevantes para a decisão jurídica, no sentido de uma diretiva orientadora ...”.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 207.

É importante mencionar a concepção de Günter Figal⁶¹ (2007, p. 78) sobre a interpretação, pois não se trata de apenas explicar o tema, ou torná-lo compreensível, mas a interpretação é também uma forma de apresentação, *verbis*:

Interpretar não é apenas um modo particular de clarificação, mas também pode ser apresentação. É nesse sentido que a recitação de uma poesia, a encenação de uma peça teatral ou a sonorização de uma peça musical são interpretações.

Assim, no caso da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, o exame recairá sobre o texto das disposições dos artigos 39, 40 e 41, acrescido dos elementos interpretativos que permitirão clarificar e apresentar o programa da norma. É importante registrar a advertência de Müller (2013, p. 126) de que nem todos os elementos dogmáticos e teóricos que poderiam contribuir com o processo de interpretação para constituição do programa normativo poderão ser considerados. Será necessário que estes elementos linguísticos estejam lastreados no texto da norma. Caso contrário, eles somente poderão ser considerados como elementos auxiliares no processo de concretização, desde que não colidam com os fatores mais fortes do texto da norma.

Este posicionamento é relevante, pois, ao mesmo tempo que fornece um critério para a solução de um eventual conflito de interpretação e concretização, também reitera a importância da prevalência do texto da norma, editado pelo legislador.

Antes de proceder ao exame do texto de norma das disposições apontadas para compor o conjunto sistemático que represente o programa normativo do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, é necessário elucidar, em linhas gerais, o que se compreende por âmbito normativo.

Como será visto, por ser indissociável do processo de concretização, o âmbito normativo será examinado no capítulo seguinte, relacionado à aplicação do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Ou seja, diante do processo de concretização do programa normativo.

⁶¹ FIGAL, Günter. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007, p.78.

Assim, o âmbito normativo pode ser considerado, segundo Müller⁶² (2013, p. 195), “a estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulamentação ou que ele, em parte ‘criou’ ...”⁶³. Considera-se, como escolha, os fatos relevantes para o programa normativo. De outro lado, considera-se criado o âmbito normativo quando os fatos foram instituídos ou prescritos pelo texto normativo. De forma geral, pode-se considerar o âmbito normativo um “conjunto parcial de todos os fatos relevantes (âmbito fático), que sustenta a decisão jurídica como direito”.

Ainda, segundo Müller⁶⁴ (2013, p. 135), haverá a constituição do âmbito normativo quando os fatos da realidade forem submetidos a um duplo controle por parte daquele que concretizará a norma. Na primeira etapa, deve-se avaliar se os fatos são relevantes para o programa normativo e, na segunda, se eles podem ser integrados à decisão. Espera-se, com isso, mediante pequenos passos no processo de concretização, ampliar a transparência e, portanto, a possibilidade de controle das decisões, o que se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito.

Por isso, o exame do âmbito normativo será realizado na etapa seguinte deste trabalho de investigação. No momento em que será tratado o processo de concretização, será examinado o âmbito normativo possível para a concretização do programa normativo.

Para Christensen⁶⁵ (2013, p. 206), os elementos que conferem uma diretriz ao processo decisório são considerados normativos para a teoria estruturante do direito. Tais elementos podem pertencer a dois grupos – o primeiro, formado pelos dados primacialmente veiculados pela linguagem, a partir dos textos de normas, e o segundo, pelos dados secundários, também veiculados pela linguagem, mas que estabelecem os nexos da realidade, os dados reais, nos quais haverá a incidência do programa da norma – dos dados primacialmente de linguagem.

⁶² MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 195.

⁶³ Ibidem. p. 135.

⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.

⁶⁵ Ibidem. p. 206.

A sistematização da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas será realizada com a adoção do paradigma pós-positivista, segundo o modelo preconizado por Friedrich Müller. Assim, teremos um novo conceito de norma. Para Abboud⁶⁶ (2014):

Mais precisamente, a norma passa a ser concretizada pela atividade interpretativa do intérprete, buscando solucionar o caso, conjugando seus dados linguísticos (programa normativo) com os dados da realidade (âmbito normativo).

Tal interpretação⁶⁷ – conjugação do programa da norma com o âmbito da norma – representa o processo de concretização da norma. Como asseverou Günter Figal⁶⁸, a interpretação é clarificação e apresentação do objeto a ser interpretado, e haverá um destaque, pois, “toda interpretação realça, destaca das conexões vitais determinadas pelo comportamento e pelos acontecimentos”. Isto é assim porque “aquilo que é carente de interpretação e interpretável saltou para fora do fluxo da vida e escapou desse fluxo. Ele se acha presente de maneira simples e originária”.

Com isto, seguiremos com a elaboração sistemática do programa normativo do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

⁶⁶ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

⁶⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21. Importante esclarecimento realizado por Limongi França no qual afirma que a interpretação da lei tem por finalidade a fixação de uma determinada relação jurídica, que deve ser clara e exata tal qual proposta pelo legislador. Para tanto, ele utilizou um conceito veiculado por Pasquale Fiore. Mais adiante, estabeleceu a diferença entre a interpretação e a hermenêutica, pois esta está relacionada com o estudo e a sistematização das etapas que devem ser realizadas para que ocorra a interpretação. Assim, para o saudoso professor, “a interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais”.

⁶⁸ FIGAL, Günter. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007. p.78.

3 O PROGRAMA NORMATIVO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS: A ANÁLISE DO TEXTO NORMATIVO E SUA INTERPRETAÇÃO

3.1 A análise do texto normativo e sua interpretação

A norma de proteção do consumidor contra as práticas abusivas não se encontra pronta nas disposições dos artigos 39, 40 e 41 do Código de Defesa do Consumidor⁶⁹. Ela só será construída diante de cada caso concreto, por meio de uma decisão jurídica ou judicial. Nas disposições previstas na lei de proteção do consumidor, encontraremos apenas o texto normativo, uma forma primária da norma jurídica. Será necessário conferir um tratamento ao texto da norma, para que ela possa ser considerada um programa da norma que, aplicado ao âmbito da norma, representará, diante do caso concreto, ou mesmo hipotético, a norma jurídica de proteção ao consumidor.

A hermenêutica do regime de proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas deve ser compreendida no sentido preconizado por Müller (2013, p. 18), isto é, como “um exame das condições essenciais a partir das quais se realiza a interpretação jurídica”. A hermenêutica não será considerada um problema de interpretação, mas de requisito de método, que contempla a realidade e o conteúdo substantivo que há na norma jurídica.

Na ação proposta por Müller (2010)⁷⁰ será possível “desentranhar” um conjunto de fatos da norma que não se confundem com o texto da norma. Para tanto, torna-se necessário delimitar o que compõe o programa normativo e o que se considera como o âmbito da norma. No programa normativo, como foi visto, haverá

⁶⁹ FIGAL, Günter. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 135. “A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial”.

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54. “Quando juristas falam e escrevem sobre “a” constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam “da” lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos da norma, eliminando a identidade deste com a norma”.

o texto expresso da prescrição legal que estabelece os limites para que ocorra a interpretação e a sua concretização, quando, então, passará a existir a norma⁷¹.

Não será examinada a vontade da lei ou mesmo a do legislador. Não se considera possível que o texto da norma possua uma vontade, ou que a vontade do legislador seja capaz de produzir efeitos jurídicos e normativos para o programa da norma.

De outro lado, será considerado o momento histórico na elaboração do programa normativo, isto é, as condições essenciais para a interpretação e a aplicação da norma. Importante consideração de Abboud⁷² (2014) assevera que: “Na realidade, a atividade interpretativa é sempre histórica, porque o texto somente é abordável a partir da historicidade do intérprete”.

Para Christensen⁷³ (2013, p. 207) o programa da norma é “o resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem”.

3.2 O teor literal expresso no texto da lei de proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas e as interpretações gramatical e histórica

A elaboração do programa normativo, como foi examinado, tem como ponto inicial o exame do teor literal do texto da norma. Pretende-se, com sua análise, destacar seus elementos essenciais, isto é, aqueles que serão determinantes para a realização da norma.

Fixado o teor literal do texto da norma, proceder-se-á à interpretação gramatical, histórica e sistemática. Nela serão incorporados os elementos da doutrina e também da jurisprudência. O resultado será o programa da norma, que lançará diretrizes para o âmbito de aplicação. A articulação entre o programa da norma e o âmbito de aplicação, diante do caso jurídico concreto, resultará na norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

⁷¹ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 124-125.

⁷² ABOUD, Georges. *Discricionariiedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

⁷³ *Ibidem*. p. 207.

O teor literal do artigo, que inaugura as prescrições de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, enuncia que: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:”.

Trata-se de uma proibição expressa veiculada pelo texto normativo, dirigida ao fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo. Essa proibição tem como propósito proibir o fornecedor de realizar determinadas condutas - práticas que foram relacionadas pela lei como sendo abusivas. Merece destaque a utilização da expressão “práticas abusivas” e, também, a natureza exemplificativa dela, pois o texto veicula a expressão “dentre outras práticas abusivas”, o que permite afirmar que existem outras práticas que, inclusive, não estão nele relacionadas.

Não há maiores dificuldades para a compreensão e a delimitação da expressão “é vedado”, pois é inequívoca a natureza proibitiva a que se deve submeter o fornecedor de produtos e serviços na relação jurídica de consumo⁷⁴.

A expressão “práticas abusivas” exige uma interpretação para que seu sentido seja aclarado e apresentado para o operador do direito. Não se pretende, com isto, estabelecer um modelo racional, *ante casum*, para aplicação aos casos concretos supervenientes. É importante não incorrer em inconsistência que possa comprometer a unidade e a integridade do modelo proposto. O que se pretende com esta interpretação é estabelecer o limite possível diante de uma leitura expressa do enunciado. Já há um sentido na expressão “práticas abusivas”, uma compreensão prévia da linguagem.

Neste caso, a clarificação do significado e sua apresentação para o programa da norma também serão realizadas pelas interpretações da doutrina e da jurisprudência, compondo, assim, os elementos essenciais para possibilitar a concretização da decisão no âmbito da norma.

Em sentido literal, é possível considerar que a prática abusiva seria uma conduta contrária ao direito do consumidor, e que representaria um abuso, um excesso por parte do fornecedor.

⁷⁴ Consideramos relação jurídica de consumo aquela estabelecida entre consumidor e fornecedor, tendo por objeto um produto ou serviço, tendo cada um dos seus elementos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina auxilia o processo de clarificação do enunciado na medida em que procura, por meio da linguagem, estabelecer novos horizontes de possibilidades.

Herman Benjamin⁷⁵ (2007, p. 137), de uma forma mais ampla, entende que práticas comerciais são: “[...] os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o seu destinatário final.”

Interessante tal conceituação porque permite perceber que a prática não compreende somente uma conduta usual ou reiterada do fornecedor, mas também a ação do fornecedor, carregada de propósito e finalidade, que representa a realização de seu objeto social, a comercialização de um produto ou a prestação de um serviço ao consumidor.

Para conceituar práticas comerciais abusivas, Bruno Miragem⁷⁶ (2013, p. 273) utiliza como fonte a boa-fé nas relações de consumo, que informa todo o sistema de proteção ao consumidor, e também os usos e costumes comerciais. Para ele, a ideia de abuso está na “noção de prevalência da posição dominante (*Matchposition*) do fornecedor na relação de consumo, em contraposição à situação de vulnerabilidade do consumidor”.

Deste modo, considerando as noções e os elementos articulados pela linguagem e expressos pela doutrina para a construção da noção de prática comercial abusiva, é possível afirmar que se considera, inicialmente, prática comercial abusiva a conduta excessiva no fornecimento de produtos ou prestação de serviços, prevalecendo-se o fornecedor da vulnerabilidade do consumidor para impor sua pretensão, o que ofende a boa-fé que informa as relações jurídicas de consumo.

Embora não prevista de modo expresse no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé está expressamente prevista no artigo 4º, inciso III do

⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. *Código de Defesa do Consumidor*. 9.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007. p. 137.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 273.

mesmo documento legislativo. É importante registrar que outros autores, conforme afirma Bruno Miragem (2013, p.273), relacionam a abusividade com a violação da boa-fé objetiva:

Já outros autores como Cláudia Lima Marques, Heloísa Carpena, Judith Martins-Costa e Plínio Lacerda Martins, ao examinar o abuso do direito nas relações de consumo, privilegiam em suas análises a caracterização da abusividade em face da violação da boa-fé objetiva.

Fernando Augusto Cunha de Sá⁷⁷ (1997, p. 616) examina a figura do abuso do direito e apresenta os elementos para sua conceituação. Para o autor, toda e qualquer “prerrogativa jurídica” traz uma estrutura que é “axiologicamente fundada”, isto é, que declara um conjunto de valores que estrutura o exercício de direitos inaugurado pela prerrogativa. É a partir deste conjunto axiológico que se torna possível caracterizar o abuso de direito. Para ele, haverá abuso do direito quando houver a violação do “íntimo sentido da faculdade que é reconhecida ou concedida”. O abuso será caracterizado quando for constatado que o comportamento adotado pela pessoa representa “o oposto do valor” que está presente, de forma substantiva, na prerrogativa jurídica que fora concedida.

O abuso do direito, fundado na violação dos valores apresentados pela própria prerrogativa jurídica, estabelece um novo eixo para análise dos conflitos de consumo. A caracterização do excesso ou do abuso está no próprio texto de norma que estabeleceu a prerrogativa de conduta ou exercício da atividade do fornecedor. Sua violação representa uma negativa da própria prerrogativa estabelecida, o que permite sua concretização no âmbito da norma como sendo uma abusividade.

No regime de proteção do consumidor contras as práticas comerciais abusivas, usualmente, consideram-se como limite ao fornecedor, as condutas prescritas como proibidas pelo texto da lei de proteção ao consumidor. O exame das

⁷⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Coimbra, Almedina, 1997. Para o autor, *verbis*: “Em toda e qualquer prerrogativa jurídica, é-nos dada uma estrutura que é axiologicamente fundada; se o sujeito viola o íntimo sentido da faculdade que lhe é reconhecida ou concedida, se o seu concreto comportamento é o oposto do valor que materialmente lhe preside e a orienta mas se mascara, na aparência, com o respeito dos limites lógico-formais da norma que a concede ou reconhece, se finge (ou se acoberta com) os quadros estruturais de uma determinada faculdade, deparamo-nos com a mesma realidade dogmática que tecnicamente vem sendo individualizada como abuso do direito. É acto abusivo o excesso dos limites axiológico-materiais de um qualquer direito subjectivo, como de igual modo e pela mesma razão que é acto abusivo a violação do fundamento valorativo de uma prerrogativa individual do sujeito, mascarada pelo enquadramento da actuação nos limites formais dessa mesma prerrogativa”.

prerrogativas jurídicas que fundamentaram a atividade no mercado de consumo poderia ampliar a perspectiva e a profundidade, em linguagem, do que seria possível considerar abusivo. Seria possível, diante do caso jurídico, articular disposições constitucionais para compor o programa normativo, tornando-o mais completo e também mais profundo, na exata medida em que permitirá um tratamento mais integrado do próprio texto constitucional.

No caso, por exemplo, da realização da venda casada praticada contra consumidor. Para além do exame do texto de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas, no modelo conceitual utilizado por Cunha de Sá (1997, p. 617), a prerrogativa jurídica do fornecedor realizar a comercialização de produto ou a prestação de serviços está fundada no disposto no art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Reconhece-se o valor da livre iniciativa, que implica a possibilidade de o fornecedor realizar suas atividades no mercado de consumo, salvo quando houver requisitos e limites legalmente estabelecidos⁷⁸. O exercício da livre iniciativa traz em si o exercício da liberdade, sendo ele o seu valor principal, ou íntimo. Quando se realiza uma venda casada, viola-se o exercício da liberdade do consumidor, desconstituindo-se o fundamento da própria liberdade que funda a atividade do fornecedor. Daí o sentido possível para a proibição do disposto veiculado no artigo 39, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, que veicula a proibição do condicionamento de um produto a outro produto, ou de um produto a um serviço, ou mesmo, de um serviço à contratação de outro serviço.

Como foi possível observar, nem sempre haverá um conflito entre o exercício da livre iniciativa e a proteção do consumidor. Ao contrário, no regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, ambos princípios são conciliáveis, no caso jurídico sugerido – venda casada. Como foi visto, o fornecedor não cumpre adequadamente com sua prerrogativa de comercializar produtos ou prestar serviços, pois, se utiliza desta prerrogativa, que é expressão de liberdade, mas acaba por cercear a liberdade do consumidor. Sua conduta representa uma forma de mascarar ou ocultar o sentido de liberdade utilizado na

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 170. “No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica.”

prerrogativa jurídica. Evidentemente, a conduta encontra, também, um limite legal nas previsões do Código de Defesa do Consumidor.

Menezes Cordeiro⁷⁹ (1997, p. 670) aponta que a gênese da expressão “abuso do direito” está no autor belga Ferid Laurent, que a utiliza para determinar uma série de decisões judiciais de casos ocorridos na França, em que havia condenações pelo exercício excessivo de direitos. São famosos os casos relacionados ao proprietário de uma oficina que provocava odores desagradáveis pela vizinhança, ao construtor de forno que prejudicava o vizinho, ou ainda, o caso emblemático do vizinho que construiu uma falsa chaminé para vedar a luminosidade do seu imóvel. Para o autor, não se considera demonstrada a origem do abuso do direito no direito romano, mas sim, como uma criação do direito francês. A construção, entretanto, não pode ser fundada em disposições legais, dada a ausência de previsão nos textos de lei, mas foi fruto dos trabalhos da doutrina, e representa um “refinar permanente do direito subjectivo, elevado à categoria fundamental do jusprivatismo”. Trata-se, ao final, de uma forma de “firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um”.

Pontes de Miranda⁸⁰ (2012, p. 110) entendia que o abuso do direito tratava de uma teoria das relações *entre* direitos individuais. A limitação ao exercício de direitos não seria uma forma de “correção, mas de uma situação entre estes direitos que precisa ser dirimida, limitada. Dizia, expressamente, que: “Se todos têm, de per si, direitos, se o espaço A pode ser preenchido pelo exercício de mais de um direito, é de mister que se regule essa possibilidade de relações *entre direitos*”.

Há uma relação intrínseca entre a figura do abuso do direito e o exercício de direitos subjetivos. Menezes Cordeiro (1997, p. 669) expressa que: “O falar em abuso do direito pressupõe adquirida a noção de Direito subjectivo”. A relação existente entre um e outro está nos limites existentes para que a “permissão normativa de aproveitamento específico” seja exercida. É necessário reconhecer a existência da permissão veiculada pelo texto da lei para que possa agir sobre a permissão e os limites. Neste sentido, o autor esclarece que: “O direito subjectivo

⁷⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. Atualizado por Rui Stocco. p. 110.

tem, sabidamente, limites. Parte-se, porém, da permissão para os deveres, o que é dizer, da liberdade para as adstrições⁸¹”.

Estabelecer os limites existentes é sempre um grande desafio para a concretização do abuso do direito e, portanto, da abusividade. Nas relações jurídicas de consumo, o regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas estabeleceu uma série de condutas, previstas nos artigos 39, 40 e 41, que expressam, de forma objetiva, a abusividade do fornecedor. Há, também, outros casos, como no artigo 39, *caput* e inciso V, da mesma lei de proteção ao consumidor, que representam “tipos abertos”, isto é, não veiculam de forma precisa, ainda que *in abstrato*, todos os elementos necessários para a sua concretização.

Tais disposições, na metódica tradicional positivista, seriam subsumidas mediante exercício discricionário. Vale dizer, os limites que auxiliariam a configurações do abuso seriam estabelecidos de forma discricionária pelo aplicador do direito, seja ele o Estado-juiz, ou mesmo, o Estado-administração. O exercício discricionário não se traduz numa adequação ao Estado Constitucional. Tampouco resulta em segurança jurídica ao ordenamento jurídico em geral e, em especial, ao regime de proteção ao consumidor. Por isso, procuramos afastar seu exercício neste trabalho de sistematização e aplicação do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

No paradigma pós-positivista da teoria estruturante do direito, não se considera o texto da lei de proteção ao consumidor como uma norma pronta, apta ao exercício da subsunção ao caso concreto. O texto de lei não é um repositório de casos prontos para sua aplicação e subsunção. Ele compõe o programa normativo, elaborado mediante o texto da lei e sua interpretação, realizada pela doutrina e pelos tribunais. O conceito de abuso do direito é importante porque ele passa a integrar o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Em linguagem, é possível compreender que se trata de um exercício de direitos subjetivos e que ele possui limites. E que seus limites podem ser estabelecidos pelo próprio texto da lei, mas que também a doutrina pode apresentar outros elementos, tais como a figura da boa-fé e da vulnerabilidade do

⁸¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 670.

consumidor. Outro elemento importante que merece destaque é o valor axiológico estruturante da prerrogativa jurídica ou permissão normativa de interesse específico. Neste caso, como foi possível avaliar, toda prerrogativa possui uma estrutura axiológica que precisa ser respeitada, pois sua ofensa representa um descumprimento dos limites existentes na própria disposição em que o ato se fundou, configurando uma abusividade⁸².

Guilherme Fernandes Neto⁸³ (2012, p. 14) apresenta um conceito sobre o abuso do direito de natureza pragmática que articula vários elementos além da boa-fé e vulnerabilidade. Vejamos, *verbis*:

[...] entendemos que o abuso do direito ocorre quando se dá o desvio do direito ou das relações e instituições por ele criadas ou normatizadas de sua finalidade econômico-social, da equidade, da boa-fé, ou de sua proporcionalidade; é o excesso do direito que afronta a finalidade e as proporções delineadas na lei, nos princípios gerais do direito e dos sistemas jurídicos a que pertencem, podendo dar-se mediante omissão ou ato comissivo.

É possível notar que a noção de abusividade contempla diretamente a matriz principiológica das relações de consumo. Ao mesmo tempo que amplia consideravelmente a noção de abusividade ao apresentar cinco elementos que expressam o abuso nas relações de consumo, ela também permite o diálogo com os princípios previstos no texto de lei de defesa do consumidor. Para o autor⁸⁴, os cinco elementos que compõem a noção de abusividade são: incompatibilidade da conduta com a boa-fé, incompatibilidade com a equidade, desvio da função social, desvio da função econômica e desproporcionalidade.

A boa-fé e a desproporcionalidade estão previstas no texto da lei de proteção ao consumidor. No artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, é possível constatar que a boa-fé é declarada como um dos princípios das relações jurídicas de consumo. Do mesmo modo, o artigo 6º, inciso V, prevê a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam “prestações

⁸² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 822. O autor adota uma abordagem metodológica distinta e afirma que: “O abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjectivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem”.

⁸³ FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14

⁸⁴ *Ibidem*. p. 14 e ss.

desproporcionais” ou ainda, declaram como direito básico do consumidor, a possibilidade de revisão em caso de “fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Ainda, pode-se relacionar o disposto no inciso III, do §1º do artigo 51, também do CDC, que “presume exagerada, a vontade que: III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

Assim, a boa-fé e a desproporcionalidade compõem limites ao exercício da liberdade do fornecedor previstos no texto da lei. São elementos que compõem o programa normativo e que podem ser considerados quando da concretização da norma de proteção ao consumidor. Eles integram o programa normativo porque estão previstos no texto da lei e o sentido emprestado pela linguagem permite descortinar um horizonte de possibilidades em que seja viável ou mesmo necessária a proteção do consumidor.

A equidade como elemento integrante do programa normativo merece uma análise mais detida. Para Nicola Abbagnano⁸⁵ (2000, p. 339), equidade decorre do latim *aequitas*, do inglês *equity* e do francês *équité*. Para ele, trata-se de “Apelo à justiça voltado para a correção da lei em que a justiça se exprime”. Numa citação de Aristóteles que afirma que “A própria natureza da E. é a retificação da lei no que esta se revele insuficiente pelo seu caráter universal”, o autor considera que a equidade “intervém para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei deve realizar”.

André Lalande⁸⁶ (1999, p. 314) define equidade como “o sentimento seguro e espontâneo do justo e do injusto, sobretudo enquanto se manifesta na apreciação de um caso concreto e particular” e também, no âmbito jurídico, como aquele que “opõe-se à letra da lei, ou à jurisprudência”.

Nelson Nery Júnior (2014, p. 12) esclarece que é possível que o “sistema normativo pode conter textos que conduzam à injustiça ou que possam gerar consequências injustas e, então, é necessário ir além do texto, em busca de

⁸⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 339.

⁸⁶ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 314.

Justiça”. Neste sentido, pontua o autor, “Não é sem razão que se diz que a equidade não é um poder de corrigir a regra injusta, mas de evitar as consequências injustas da regra”. Em outra obra, reconhece o autor⁸⁷ que a equidade e o equilíbrio constituem princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor e que são “inderrogáveis por leis especiais que regulam relações de consumo específicas”.

Menezes Cordeiro (1997, p. 661), quando examina o Código Civil Português, no seu artigo 344, considera que a boa-fé representa um limite geral ao exercício de direitos, enquanto os fins social e econômico representam um limite específico, isto é, “cada direito tem, ou pode ter o seu social e económico”.

Rui Stocco⁸⁸ (2012, p. 123) na atualização da obra de Pontes de Miranda, afirma que o Código Civil de 2002 reproduz o conceito de abuso do direito do Código Civil português de 1966. Na redação brasileira está disposto que: “Art. 187. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. Para o autor, a função social expressa que “o Direito não é apenas um instrumento voltado à realização da justiça”, mas tem por propósito “a realização dos fins do Estado, de sorte que as normas jurídicas são pensadas e postas a lume com o propósito de alcançar esse desiderato”. Já o conceito de fim econômico expressa a necessidade de as partes buscarem seu fim econômico, sem, entretanto, estabelecerem um “objetivo de vantagem econômica exacerbada que prejudique o mesmo interesse econômico da outra parte”.

É lapidar o texto de lei de defesa do consumidor quando estabelece os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, no artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Nesta disposição encontraremos, de forma expressa, o atendimento das necessidades dos consumidores e a proteção de seu interesse econômico, e a necessidade de harmonia das relações de consumo.

Tais objetivos dialogam, de forma direta, com as previsões do Código Civil de 2002, inclusive por força do disposto no art. 7º, que estabelece que os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor não excluem outros

⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. Atualizado por Rui Stocco. p. 123.

decorrentes da legislação interna ordinária. Trata-se do diálogo das fontes e, segundo Nelson Nery Júnior (2010, p. 273), são aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor, especificamente a cláusula geral de abuso do direito previsto no art. 187, *verbis*:

O CC aplica-se às relações de consumo, naquilo em que suas normas não conflitam com as do CDC. É possível, por exemplo, aplicarem-se à relação de consumo as cláusulas gerais, notadamente as contidas no CC 421 (função social do contrato), no CC 422 (boa-fé objetiva), no CC 187 (abuso de direito) etc.

Fabíola Meira de Almeida Santos⁸⁹ (2009, p. 249) expressa que as práticas abusivas nas relações de consumo, configuram o abuso do direito: “Não se pode perder de vista que condutas neste sentido, ou seja, abusivas, além de vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor, configuram abuso de direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil”.

Assim, o conceito de prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, pode ser elaborado, ainda que provisoriamente, em linguagem, com o propósito de estabelecer o programa normativo contemplando os elementos previstos em texto de lei e também expostos pela doutrina.

Müller⁹⁰ (2013, p. 131) afirma que “textos de normas não são promulgados para ser ‘compreendidos’, mas para ser utilizados, trabalhados por juristas encarregados para tal fim”. Por isso, considerar outras hipóteses que possam articular o conceito de práticas comerciais abusivas é uma forma de proporcionar mais elementos para que o trabalho jurídico possa ser realizado. Não se pretende uma compreensão *ex ante* que possa ser subsumida ao caso concreto. Pretende-se sistematizar um conjunto de elementos para realizar uma interpretação que resulte em um programa normativo que permita, mediante método claro e sindicável, sua concretização no âmbito normativo, diante do caso jurídico, real ou abstrato, cujo resultado final é a norma e seus efeitos, a normatividade da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

⁸⁹ ALMEIDA, Fabíola Meira de. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 249.

⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 131.

Assim, a incompatibilidade da conduta com a boa-fé e com a equidade, o desvio da função social e econômica e a desproporcionalidade da conduta do fornecedor na relação com o consumidor também são considerados elementos que permitem a clarificação e a apresentação do conceito de práticas comerciais abusivas previsto no artigo 39 do CDC.

Deste modo, pode-se considerar prática comercial abusiva a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé que informa as relações jurídicas de consumo e é incompatível com a equidade, desproporcional na distribuição de obrigações do negócio celebrado, com desvio da função social e econômica de sua atividade.

Trata-se de um conceito preliminar e integrativo que auxiliará o processo de construção do programa normativo. Não reflete ainda o programa normativo, mas confere uma noção preliminar resultante do enunciado veiculado pelo Código de Defesa do Consumidor. Cumprirá, também, a função de limite para o exercício interpretativo. Não será possível ir contra o enunciado prescrito pela lei. Para Abboud⁹¹ (2014):

Em outros termos, não obstante o texto normativo não carregar a norma em si, obviamente que ele constitui um dos limites para as variantes interpretativas a serem alcançadas. Ou seja, não se pode considerar legítima e correta qualquer interpretação alcançada do texto normativo.

É possível afirmar que o sentido literal pode ser corroborado pelas interpretações gramaticais, históricas e também sistemáticas do enunciado normativo. Mais, que apesar de o sentido lato ser adequado, somente o processo de interpretação permitirá clarificar e apresentar o enunciado e, assim, construir o programa da norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. O caso jurídico, concreto ou abstrato, é imprescindível para que exista a concretização da norma. É no processo de concretização que será possível clarificar e apresentar o abuso, o excesso e a proteção pretendida pelo enunciado do texto normativo do consumidor.

⁹¹ ABBLOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

O artigo 40⁹² do Código de Defesa do Consumidor trata da obrigação do fornecedor de entregar ao consumidor o orçamento prévio do serviço a ser realizado. O orçamento deve ser entregue antes da realização do serviço, como se pode observar no texto normativo da Lei de Defesa do Consumidor. Trata-se de um limite que deve ser observado na elaboração do programa normativo, no momento da definição do âmbito de aplicação e na concretização da norma. Trata-se de uma interpretação literal.

Nota-se, também, que o texto prescreve de forma detalhada o conteúdo do orçamento prévio. Consta, desta forma, expressamente o dever de informar o consumidor sobre o valor da mão-de-obra, a descrição dos materiais e equipamentos que serão utilizados, as condições propostas para o pagamento e as datas de início e término do serviço.

Há previsão sobre o prazo de validade do orçamento de 10 dias, que pode ser modificado pelos contratantes e que, uma vez pactuado, somente poderá ser alterado mediante acordo entre eles. Ainda e por fim, estabelece que o consumidor “não responderá por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de terceiros não previstos no orçamento”.

Neste caso, o abuso é configurado quando é realizada uma contratação sem a observação das obrigações positivas de informação previstas nesta disposição. Ocorrerá, também, abuso ou excesso quando uma das três disposições previstas no texto normativo for violada. Isto é, quando não for respeitada a validade de 10 dias do orçamento, caso não seja veiculado um prazo específico; quando houver alteração das obrigações constantes do orçamento sem a concordância do consumidor; ou se for imputado quaisquer ônus ou acréscimo ao consumidor decorrente da contratação de terceiros não previstos no orçamento.

⁹² Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

§ 1º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor.

§ 2º Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.

§ 3º O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio.

A obrigatoriedade de entregar previamente o orçamento ao consumidor, com a discriminação dos materiais, da mão-de-obra, das condições de pagamento e das datas de início e término dos serviços integram o programa normativo e estabelecem um limite mínimo que não pode ser mitigado ou mesmo desconsiderado no processo de interpretação e concretização da norma. Do mesmo modo, não será possível desconsiderar o prazo de 10 dias como regra geral, alterar as condições contratuais pactuadas ou mesmo impor ônus ao consumidor, inclusive financeiro, pela contratação de um terceiro que não está previamente pactuado no contrato celebrado do consumidor. São limites que precisam ser observados para que possam integrar o programa normativo.

Claudia Lima Marques⁹³ (2013, p. 922) indica a dificuldade na determinação do preço quando se trata da prestação de serviços, sendo sua *ratio* apontada pelo REsp. 285.241/RJ, que consiste na obrigação do prestador de serviços de “estimativa dos custos a serem, ao final, suportados pelo consumidor, para que, com base nas informações previamente prestadas, possa este autorizar, ou não, os serviços”. Aponta ainda a autora que: “... é prática abusiva aquela que impede o exercício deste direito ou cláusula abusiva aquela que fictamente considera que o orçamento foi entregue”.

Para Bruno Miragem⁹⁴ (2013, p. 282), é bastante usual a prestação de serviços sem a aprovação do orçamento pelo consumidor, sendo consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor “a garantia do orçamento prévio”, que está prevista em duas disposições distintas, no artigo 39, inciso VI e no art. 40, ambas do Código de Defesa do Consumidor.

A disposição do texto normativo previsto no artigo 41 do Código de Defesa do Consumidor prevê a obrigação do fornecedor de respeitar o regime de controle de preços ou tabelamento de preços. O descumprimento da regra importará em eventual prática abusiva, conforme preceitua o artigo 39, inciso XIII e o próprio artigo analisado.

⁹³ MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 282

Claudia Lima Marques⁹⁵ (2013, p. 931), identifica em experiências anteriores da sociedade brasileira com os planos de estabilização econômica, a origem desta disposição. E reafirma sua importância, nos seguintes termos: “Destaque-se que a presença de uma norma específica para o caso de congelamento de preços e salários no CDC brasileiro é mais do que salutar, tendo em vista a reiterada frequência com que estes planos ocorrem no País”. Infelizmente, manifestamos nossa concordância com a autora. Vive-se, ainda, um processo de longa transição até a estabilidade madura de nossa economia.

Na mesma disposição, há previsão de um mecanismo que assegura ao consumidor o direito ao ressarcimento pela prática realizada. O fornecedor, conforme prescreve o aludido artigo, deverá restituir ao consumidor os valores cobrados em excesso devidamente atualizados, sendo que este ainda poderá desfazer o negócio. Tais medidas de natureza reparatória não afastam a possibilidade da aplicação de outras sanções cabíveis, uma vez que se trata da violação de um regime de controle ou tabelamento de preços, e o bem tutelado não é apenas o consumidor em sua individualidade, mas toda a coletividade de consumidores⁹⁶.

Nesta análise literal e gramatical, importa definir os limites que integrarão o programa normativo que, no caso, consiste no respeito ao regime ou tabelamento de preços instituídos pelo Estado. Também devem ser respeitadas a obrigação de restituição dos valores recebidos indevidamente e a possibilidade de o consumidor desfazer o negócio. Por fim, o texto normativo prescreve que não haverá nenhum impedimento para a cumulatividade de outras sanções.

Para Limongi França⁹⁷ (1988, p. 26), a interpretação gramatical “é aquela que, hoje em dia, toma como ponto de partida o exame do significado e o alcance de cada uma das palavras do preceito legal”. Mais adiante, ele adverte que ela, a interpretação gramatical, “por si só, é insuficiente para conduzir o intérprete a um resultado conclusivo [...]”. Para ele, seria necessária a utilização desses elementos com os apresentados por outras formas de interpretação.

⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 931.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 933.

⁹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 26.

No caso da expressão “práticas abusivas”, a interpretação gramatical expressa um sentido de conduta realizada pelo sujeito responsável pelo abuso. O sentido gramatical de abuso, dado pelo Novo Dicionário Eletrônico Aurélio⁹⁸, é: “1. Mau uso, ou o uso errado, excessivo ou injusto; excesso, abusão; 2. Exorbitância de atribuições ou poderes; 3. Aquilo que contraria as boas normas, os bons costumes”.

Embora exista um sentido do que seja a prática abusiva, a interpretação gramatical não permite clarificar com precisão o significado da expressão prática abusiva. É necessário, também, apresentar o conceito resultante da interpretação, no sentido utilizado por Figal⁹⁹, para que o programa da norma seja capaz de tornar-se uma diretriz para a concretização da decisão.

Por isso, a hermenêutica das práticas comerciais abusivas é uma construção em etapas, que conta com várias técnicas de interpretação que, ao final, devem proporcionar ao aplicador um conjunto linguístico suficiente para possibilitar selecionar o âmbito de aplicação da norma, que resultará na sua concretização. A cada etapa realizada, procura-se tratar de um aspecto específico da linguagem, importando uma seleção e uma decisão em relação aos conceitos elencados. O texto normativo representa um limite no processo de seleção, assim como o âmbito de aplicação da norma precisa ter uma relação de pertinência com o texto da norma. Numa perspectiva mais ampla do processo de concretização, cada etapa realizada permite a verificação e o controle jurisdicional adequados.

A interpretação gramatical é necessária, mas não suficiente para compor o programa normativo. É assim porque não mais se admite uma postura positivista, que utiliza a subsunção e a discricionariedade como ferramentas para a aplicação do direito. Não se considera suficiente porque há outros elementos de linguagem disponíveis para compor o processo de concretização e que já podem ter influenciado o processo de decisão. Por isso, o sentido de extração, a tarefa de revelar e considerar os elementos que compuseram o processo de decisão e concretização da norma. Eles estão presentes na decisão, mas nem sempre a técnica utilizada – positivismo, subsunção, discricionariedade – permite o seu

⁹⁸ Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 1.0. 2008.

⁹⁹ FIGAL, Günter. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007, p.78.

controle e, em última análise, uma deferência ao sistema constitucional do Estado Democrático de Direitos.

Sendo insuficiente o critério gramatical, o exame literal do texto normativo, seria importante o auxílio da interpretação histórica. Novamente utilizando a classificação de Limongi França¹⁰⁰ (1988, p. 26), temos que a interpretação histórica é a que “indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, bem assim das causas pretéritas da solução dada pelo legislador”. O autor subdivide a interpretação histórica em remota e próxima. A primeira está relacionada ao que ele denomina de *origo legis*, isto é, as origens da lei, ou seja, as primeiras manifestações do instituto que se regula. A outra, a interpretação histórica próxima, é a *occasio legis*, representada pelas circunstâncias que levaram à edição da lei. Neste sentido, são citadas, expressamente, como fonte, as publicações que contêm os debates do Poder Legislativo em torno do projeto que resultou na edição da lei.

O modelo proposto por Limongi França para a interpretação histórica utiliza um conceito que pode expressar o mesmo significado para a norma e para o texto normativo. Por isso, será adotado o sentido defendido neste trabalho de que há uma separação entre o texto da norma e a norma. Portanto, serão examinadas as condições de meio e momento da elaboração do texto da norma, que contemplam o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

O objetivo de tal exame não está na descoberta da *mens legis*, mas de conhecer qual seria a solução legislativa para os casos de práticas abusivas no mercado brasileiro. A importância de tal investigação é a de precisar as origens das primeiras manifestações da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas e os argumentos que justificaram a edição da lei.

Não se pretende abstrair do texto uma solução para o caso concreto. O objetivo é compor os elementos do texto da norma que podem integrar o programa normativo para que, diante do caso jurídico, concreto ou abstrato, seja realizada, no âmbito da norma, a sua concretização. Procura-se, com isto, a superação do

¹⁰⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 26.

silogismo norma/caso e direito/realidade. Neste sentido, a afirmação de Abboud¹⁰¹ (2014) sobre a superação do silogismo é emblemática, pois ele afirma:

Reconhecer a obsolescência do silogismo equivale a constatar que não se pode produzir uma norma em abstrato que permitirá a solução de multiplicidade de casos por subsunção. A subsunção cai por terra juntamente com a existência de norma em abstrato.

Para a realização da interpretação histórica das práticas comerciais abusivas é necessário estabelecer um recorte histórico que dialogue com o conceito utilizado pela lei de proteção ao consumidor.

Gisela Black Taschner¹⁰² (1995, p. 36) demonstrou que a questão da defesa do consumidor chegou ao Brasil, tal como a conhecemos hoje, no início dos anos 70, por influência dos Estados Unidos da América do Norte. A legislação anterior a este período “além de ser esparsa, ela não se fizera em nome do consumidor enquanto tal”. Naquele período era difícil conceber a figura do próprio consumidor, pois o país vivia o início do despontar de um mercado nacional. Entre as décadas de 60 e 70 é que se pode afirmar que o Brasil adquire uma configuração mais moderna, que dá sentido ao conceito de consumo como hoje se apresenta. Para ela, antes da década de 60, não há sentido em se colocar a questão do consumidor:

Nesse período (anos 60-70), de qualquer modo, já temos mercados nacionais e não mais apenas locais, uma acumulação ancorada no DIII (produtos duráveis), uma estrutura ocupacional mais complexa e a consolidação da publicidade, da pesquisa de mercado e da indústria cultural. A questão da defesa do consumidor começa então a ter solo mais fértil para se colocar. Pelo menos há inúmeros problemas de que ele é vítima indefesa. Portanto, antes dessa época não há ainda uma base material nem social que dê sentido ao problema de defender o consumidor.

Marcelo Gomes Sodré¹⁰³ (2007, p. 25) realizou um detalhado trabalho, no qual estabeleceu as origens da sociedade de consumo no Brasil. Para tanto, utilizou o conceito de sociedade de consumo que pressupõe relações econômicas capitalistas e a presença de cinco elementos: a produção em série de produtos, a

¹⁰¹ ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

¹⁰² TASCHNER, Gisela Black. *Proteção do Consumidor: um estudo comparativo internacional*. Relatório de Pesquisa nº1/1995. Núcleo de Pesquisas e Publicações da Escola de Administração de Empresas de São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 1995.

¹⁰³ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25

distribuição massificada tanto de produtos como de serviços, a publicidade para promoção dos produtos e serviços, o contrato de adesão e a oferta de crédito direto ao consumidor. É possível notar que a base que estrutura suas escolhas para a definição de sociedade de consumo é a econômica:

Na medida em que o tema deste trabalho é a sociedade de consumo, o melhor critério a ser utilizado parece ser o econômico, posto que ele permitirá acompanhar as principais mudanças concretas no dia-a-dia das pessoas no que se refere a suas vidas materiais, ou seja, nas suas mudanças de hábitos de consumo etc.

A utilização do critério econômico para a compreensão do surgimento histórico da sociedade de consumo é bastante acertada e adequada. As circunstâncias econômicas são as que melhor ilustram o surgimento da sociedade de consumo e, portanto, do direito do consumidor. Se é certo que o sentido de modernidade e consumo desponta no Brasil nos anos 60 e 70, é também correto afirmar que toda transformação ocorreu num período anterior e foi decisiva para a formação deste novo mercado de massas.

Marcelo Gomes Sodré (2007, p. 37) elaborou um quadro econômico que permite notar claramente o surgimento e o desenvolvimento do mercado de consumo entre 1930 a 1980. Por tratar-se de uma análise mais detalhada, que dialoga diretamente com a investigação das origens dos dispositivos legais que protegem os consumidores contra as práticas comerciais abusivas, será adotado, neste trabalho, o exame das principais leis que surgiram neste período. É um recorte que permite, nos limites e objetivos deste trabalho, examinar algumas disposições que tenham pertinência temática e que possam contribuir para a elaboração do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Neste sentido, o programa normativo não ficará restrito apenas ao artigo 39 e seus incisos, mas compreenderá também as disposições dos artigos 40 e 41.

No período entre 1930 e 1980, aponta Marcelo Gomes Sodré¹⁰⁴ (2007, p. 37), o Brasil viveu os reflexos da crise econômica mundial de 1929 e da 2ª Guerra Mundial. Tais consequências provocaram profundas alterações em seu modelo econômico. Entre tantas transformações, a mais marcante e decisiva para o

¹⁰⁴ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

surgimento do mercado de consumo foi o processo de industrialização: “A característica básica deste longo período é o movimento intenso do processo de industrialização no Brasil, que corresponderá à formação da chamada sociedade de consumo”. Como se trata de um período longo de meio século, a análise histórica será desenvolvida numa perspectiva econômica do período, dividido em três etapas: entre 1930 e 1955; 1956 e 1967; e por último, entre 1968 e 1980.

Interessa examinar, ainda que sucintamente, os três períodos relatados, pois eles documentam o surgimento da sociedade de consumo e, ainda, porque foi no intervalo dos anos 30 até 80 que surgiram os primeiros textos sobre a proteção econômica e jurídica do cidadão diante do mercado.

No primeiro período, entre 1930 e 1955, Sodré¹⁰⁵ (2007, p. 39) explica, com uma citação da obra *Formação econômica do Brasil*, de Celso Furtado, que houve uma alteração do centro dinâmico da economia, antes ocupado pelo setor exportador e agora substituído pelo setor industrial, o qual passou a responder pelo processo de urbanização dos grandes centros, pela geração de novos empregos e pela produção e distribuição de renda para a sociedade. A mudança de eixo foi provocada pela queda das exportações, substituídas pela produção industrial. Neste sentido, esclarece o autor:

Em razão da queda do preço do café, dos investimentos governamentais para a compra do café excedente e do refluxo do comércio internacional, ocorreu o que se designa como “processo de industrialização por substituição das importações”.

Isto significou um amplo espaço para o desenvolvimento do mercado interno, provocando a aceleração real do crescimento. Agora, a atividade econômica se ocuparia da produção para o consumo interno, demarcando o início da sociedade de consumo, objeto de nosso estudo.

O processo econômico que se iniciava expressou uma acentuada transformação na estrutura econômica e social e, portanto, no surgimento da necessidade de proteção dos consumidores no país. A mudança do centro nevrálgico da econômica pelo processo industrial foi bastante dinâmica e representou um salto no modelo de produção, que era quase artesanal, e foi

¹⁰⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39

alterado para o modelo de produção massificada. Diferente do que ocorreu em outros países, alerta o autor, não houve tempo para a preparação e descentralização das técnicas de manufatura, isto é, não houve tempo para socializar o conhecimento necessário para o novo processo. Ele assevera: “Isto explica, inclusive o fato de a economia brasileira ser, desde a sua origem, concentrada nas mãos de poucos”.

As transformações econômicas demarcadas neste período são decisivas para a compreensão das leis que passariam a ser editadas. Numa perspectiva política-administrativa, Luiz Carlos Bresser Pereira¹⁰⁶ (2001, p. 234) afirmou que:

O novo Estado fundado pela Revolução de 1930, ainda que conservasse elemento da velha aristocracia, foi um Estado antes de tudo autoritário e burocrático no seio de uma sociedade em que o capitalismo industrial se tornara afinal dominante.

A burocracia, adverte Luiz Carlos Bresser Pereira (2001, p. 234), no entanto, era diferente das anteriores. Oriunda do “estamento burocrático patrimonialista¹⁰⁷” ela não ficou restrita apenas ao Estado, mas desempenhou, também, uma função econômica: “Além da clássica tarefa política e administrativa, a nova burocracia passou a ter uma função econômica essencial: a coordenação das grandes empresas produtoras de bens e serviços, fossem elas estatais ou privadas.”

Octavio Ianni¹⁰⁸ (1965, p. 133) observa que a Revolução de 1930 transformou-se em uma revolução burguesa, pois promoveu importantes alterações na agenda econômica e social. Tais mudanças foram mais sensíveis aos interesses e reivindicações da sociedade que emergia naquele período:

[...] diante de situações novas, que surgiam continuamente, tomavam medidas concretas, inovadoras. Como haviam desalojado uma parte importante dos antigos governantes e burocratas, encontraram-se em condições de tomar decisões contrariando a tradição e interesses cristalizados.

Neste contexto, é possível compreender o ambiente para a edição das primeiras leis que tutelavam o interesse econômico da sociedade. Embora não seja

¹⁰⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 234

¹⁰⁷ Ibidem. 234.

¹⁰⁸ IANNI, Octavio. *Estado e capitalismo: estrutura social e industrialização no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 133.

possível afirmar com precisão a *origo legis*, entende-se razoável afirmar que seu contexto econômico foi a crise de 29 e o início do processo de industrialização. No âmbito político, decorrência da Revolução de 1930, verifica-se a alteração da estrutura e do modelo de Estado, que passou a ser mais intervencionista, no sentido de atender aos reclamos da nova classe que ascendia: a burguesia. Também merece destaque a nova burocracia, que passava a exercer, além de suas atividades de gestão da máquina do Estado, um papel na produção econômica.

Nesse sentido, as leis editadas procuravam direcionar suas medidas prescritivas, de cunho eminentemente econômico, a essas novas classes, mas tinham como destinatário direto o cidadão. Se o contexto econômico, social e político era diferente daquele da edição do Código de Defesa do Consumidor, cumpre examinar se o sentido de proteção contra os abusos econômicos entre clientes e vendedores difere do sentido de abuso e excesso vedado pela atual lei de proteção ao consumidor. Tal exame permitirá relacionar a existência de conceitos prévios presentes na linguagem, que podem contribuir para a compreensão do sentido de abuso e excesso, veiculados pelo texto normativo de defesa do consumidor. Pretende-se examinar se é possível identificar uma *origo legis*, isto é, uma origem que contribua para a elaboração do programa normativo do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Antônio Carlos Efig¹⁰⁹ (2004, p. 22), assinala que as primeiras normas de cunho protetivo à economia popular surgem em 1934, no âmbito constitucional, e depois cita expressamente o Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, sucedido pela Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Roberto Lyra¹¹⁰ (1978, p. 28) identifica, nas legislações editadas a partir de 1930, o momento inicial do primado do interesse coletivo no mecanismo do Estado, materializado e institucionalizado no processo legislativo da época.

É neste período que encontramos a primeira versão da lei dos crimes contra a economia popular. Editado em 18 de novembro de 1938, o Decreto-Lei n. 869 definia os crimes contra a economia popular. A expressão “abuso do poder

¹⁰⁹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 22.

¹¹⁰ LYRA, Roberto. *Criminalidade Econômico-Financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 28.

econômico” começa a ser utilizada em um contexto que compreendia o momento de industrialização, no qual a figura do cidadão reclamava um limite para a proteção efetiva de seus direitos. Para Roberto Lyra¹¹¹ (1978, p.35):

O bem jurídico protegido era a economia popular – expressão mais democrática, mais concreta, mais direta que economia pública (Itália) e economia social (França e Bélgica). Abrangia a usura e os abusos do poder econômico.

Nelson Hungria (1939, p. 6), nos comentários iniciais da lei dos crimes contra a economia popular, justifica a intervenção do Estado na economia, o que representava uma novidade na época e enfrentava grande resistência. Por isso, de forma contundente, defendeu a intervenção do Estado por meio da rejeição da teoria do liberalismo econômico:

Na pureza de seus postulados, o liberalismo econômico está, porém, na atualidade, geralmente desacreditado. É uma doutrina que a experiência dos povos demonstrou errônea, anárquica, contra-producente. Ela abstrai que, no livre jogo de suas competições e antagonismos, os indivíduos entram com desiguais elementos de ação, resultando daí que os mais fracos acabam sobrepujados pelos mais fortes, e como estes nem sempre são os mais dignos e honestos, senão os mais velhacos, prepotentes e egoístas, a sua supremacia é alcançada com fatal detrimento do interesse social.

O sentido de abuso econômico é bastante evidente nas palavras de Nelson Hungria, um dos autores da lei dos crimes contra a economia popular, na medida em que afirma a existência de desigualdade e de preponderância dos mais fortes nas relações econômicas, inclusive adjetivando os atores econômicos de forma veemente. Outra declaração importante foi a de que o resultado, evidentemente, não se restringia ao aspecto individual dos afetados. Neste caso, o resultado afetaria diretamente toda sociedade – o interesse social.

Para reafirmar sua justificativa sobre a intervenção do Estado na economia, ele também se valeu dos escritos do ministro da Justiça Francisco Luís da Silva Campos, quando da promulgação da Constituição da República de 1937, que diziam:

A vida econômica não tinha outro regulador a não ser a vontade dos fortes, isto é, daqueles que conseguiram constituir, graças à espoliação ou às

¹¹¹ LYRA, Roberto. *Criminalidade Econômico-Financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 35.

conjunturas favoráveis do livre jogo econômico, o seu feudo. A livre concorrência era uma corrida sem fim para objetivos puramente individuais.

Novamente, o sentido de abuso e de excesso são reiterados nas palavras do ministro da Justiça Francisco Campos. Depreende-se o abuso quando afirma que a vontade dos fortes é que determinava os rumos econômicos do país. Esta vontade era realizada por atos ilegítimos, mediante o ato de espoliar, isto é, mediante violência, fraude, que privariam o cidadão de seus direitos. Para encerrar, declara que as razões que justificam o ato eram de natureza egoística, individual, retirando qualquer justificativa legitimadora possível no contexto apresentado.

Os conflitos no mercado da época foram endereçados para a produção legislativa, resultando na edição do Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, que veiculava sete artigos e definia dezesseis tipos penais que atentavam contra a economia popular. Depois dele, foram editados, ainda, os Decretos-Leis 9.125 de 4 de abril de 1946, 9.669 de 29 de agosto de 1946 e 9.840 de 11 de setembro de 1946. Apesar das sucessivas alterações, os dezesseis tipos penais disciplinados no Decreto-Lei de 1938¹¹² foram, em grande medida, preservados e acolhidos pela Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Posteriormente, algumas disposições foram revogadas pela Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990 e também pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Entretanto, seis tipos penais previstos originariamente, com as devidas alterações, ainda permanecem em vigor na Lei n. 1.521 de 1951. São os tipos previstos¹¹³ no artigo 2º, incisos I, VIII, IX e XI, além do disposto no artigo 4º.

Outro documento importante, que merece registro, é a Mensagem n. 151-51 de encaminhamento do Projeto de Lei nº 588 de 1951, que resultou na alteração do Decreto-Lei de 1938. Nela, o presidente da República, Getúlio Vargas¹¹⁴, relata

¹¹² BRASIL. Congresso. Câmara. Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.. Os tipos que foram acolhidos pela lei dos crimes contra a economia popular foram aqueles originariamente previstos no artigo 3º, incisos I, II, III, IV e V.

¹¹³ BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 588/1951. Dossiê digitalizado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1221775&filename=Do%20ssie+-PL+588/1951> Acesso em: 14 dez. 2016.

que seu objetivo era ampliar os tipos de crimes contra a economia popular, assim como estabelecer o processo penal para a sua devida execução:

A prática e a observação em torno dos problemas surgidos com (sic) a aplicação dessas leis indicam a conveniência de alargar a configuração dos delitos previstos em suas disposições e de aumentar a penalidade, assim como a necessidade de lhe prescrever processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.

Editadas em um contexto econômico de alta da inflação, tais normas floresceram na mesma esteira do programa político que visava o desenvolvimento econômico e social e que criaria novas empresas estatais, tendo como exemplo lapidar a Petrobrás.

Lilia Moritz Schwarcz e Heloisa Murgel Starling¹¹⁵ (2015, p. 400) registram que, ainda em 1949, ano da campanha eleitoral para presidência da República, o candidato Getúlio Vargas estava pronto para levar adiante duas de suas principais bandeiras, o desenvolvimento e o bem-estar social, além do combate à inflação:

Ele já havia reajustado os pontos principais de seu velho projeto nacionalista e industrializante ao novo contexto internacional e destacara duas bases: desenvolvimento e bem-estar social. O mote que escolheu era caro aos brasileiros, sobretudo em tempos de Guerra Fria: a independência econômica do país. Além disso, o argumento de combate à inflação e à alta do custo de vida reforçava sua identificação com setores mais atingidos pela política econômica de Dutra, ao mesmo tempo que conseguia sensibilizar os empresários com um programa de amparo à industrialização, dando prioridade à indústria de base.

Eleito, o presidente Getúlio Vargas encaminhou e aprovou duas leis que, meio século depois, estariam contempladas, ainda que indiretamente, nos enunciados de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas. As duas importantes leis, que prescreveram limites ao mercado, foram denominadas de proteção da economia popular. Uma disciplinava o âmbito penal – Lei n. 1.521 de 1951 – e outra, a proteção no âmbito administrativo – Lei n. 1.522 de 1951.

A Lei Delegada n. 4 de 1962 sucedeu a Lei n. 1.522, de 26 de dezembro de 1951, sendo nítido o aprimoramento das disposições anteriores. Ainda hoje, parte significativa de suas disposições dialoga diretamente com as prescrições dos artigos 39, 40 e 41 do Código de Defesa do Consumidor. Adicionalmente, em exercício

¹¹⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 400.

interpretativo histórico, afigura-se importante considerar o exame das disposições da Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Apesar de disciplinar a tutela penal da ordem econômica, é importante destacar alguns aspectos de seu texto normativo, pois eles ainda podem produzir efeitos para a elaboração do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. A produção de efeitos poderá ser em dois sentidos: no primeiro, permite contextualizar a edição da lei, isto é, os propósitos de sua edição. Neste caso, é importante a compreensão no contexto linguístico. No segundo sentido, é possível considerar os textos de norma não revogados como integrantes do programa normativo do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. Isso é possível porque ele veicula tipos abertos que, no processo de concretização, podem ser preenchidos por outros textos de norma que integram o programa normativo.

Realizadas as breves considerações históricas que contextualizam as origens da sociedade de consumo e sua perspectiva econômica, política e social, e devido às revogações e alterações do Decreto-Lei de 1938, iniciaremos a nossa análise e interpretação histórica pelo documento que o sucedeu de forma mais definitiva, a Lei n. 1.521 de 26 de dezembro de 1951.

Assim, o objetivo da Lei dos Crimes contra a Economia Popular foi tutelar o interesse econômico da sociedade, especialmente daqueles que eram economicamente vulneráveis, impondo limites ao exercício da livre iniciativa do fornecedor no mercado de consumo.

O Parecer n. 1.247 de 1951 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal¹¹⁶ aponta que, no projeto de lei sobre crimes e penas relativas à economia popular, o primeiro propósito foi esclarecer algumas controvérsias ocorridas em face das leis anteriores e acrescentar novos tipos penais, tais como a não entrega da nota fiscal relativa à prestação do serviço.

Houve também a atribuição para a autoridade policial de fechar provisoriamente, em até 15 dias, o estabelecimento comercial infrator, submetendo a

¹¹⁶ BRASIL. Congresso. Câmara. PL 588/1951. Dossiê digitalizado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1221775&filename=Dossiê+-PL+588/1951> Acesso em: 14 dez. 2016.

medida dentro de 24 horas para apreciação judicial. Contemplava, ainda, a perda de nacionalidade brasileira aos naturalizados que reincidissem na infração. A grande novidade, porém, estava no processo penal: além do rito sumário, haveria “donas de casa” e “chefes de família”¹¹⁷ entre os jurados para o julgamento popular pelo júri.

Embora não seja um texto normativo de proteção ao consumidor, é possível notar inúmeras disposições que estabelecem limites ao direito subjetivo do fornecedor no mercado de consumo¹¹⁸. Também veicula conceitos de abuso e excesso do mercado, em detrimento do cliente ou mesmo do Estado. No parecer da Comissão de Constituição e Justiça, fica nítida a natureza transindividual da proposta legislativa que, mais tarde, tornar-se-ia lei. Foi assim descrito no parecer: “Como se vê, trata-se de um projeto de lei com nítido aspecto intervencionista do poder público no domínio econômico”. Mais adiante, cita Temístocles Cavalcanti para dizer que: “constituiu uma limitação à liberdade individual, mas que tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem” (Tratado de Direito Administrativo, v. V, p. 391).

Apresenta, adicionalmente, uma característica transindividual, na medida em que transcende a tutela meramente patrimonial dos indivíduos para alcançar a tutela potencial ou efetiva de um número indeterminado de pessoas. A natureza coletiva ou de interesse de toda sociedade é evidenciada no Parecer n. 1.247 de 1951 da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal,¹¹⁹ a qual analisa a emenda que propõe alteração da composição do Júri. O interesse não é individual, restrito ao afetado, mas de toda sociedade representada pelo Estado:

O Projeto não cria nem fomenta luta de classe. O interesse no julgamento e na punição do criminoso é do Estado. Ora, se o Estado tivesse em vista punição de qualquer forma deixaria a solução aos juízes togados. Entregando-a aos chefes de família e às donas de casa passa-a à própria

¹¹⁷ OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o Júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952. p. 36.

¹¹⁸ A Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951 foi alterada pelas Leis nº 7.492, de 1986 e nº 8.137 de 1990. Especificamente, o artigo 2º, que veiculava inúmeras condutas consideradas crime e que mantinham uma relação muito próxima com o direito do consumidor, embora, naquela época – 1951 –, não houvesse uma referência expressa para o direito do consumidor. Assim, as alterações da Lei nº 8.137/90 afetaram os incisos II, III, IV, V, VI, VII do artigo 2º e incisos III, IV e V do artigo 3º. No entanto, para fins desta análise histórica, será considerada a redação original e sua respectiva alteração.

¹¹⁹ BRASIL. Congresso. Câmara. PL 588/1951. Dossiê digitalizado. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1221775&filename=Do ssie+-PL+588/1951](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1221775&filename=Do%20ssie+-PL+588/1951)> Acesso em: 14 dez. 2016.

sociedade no que ela tem de mais respeitável. E faculta o julgamento consciencioso, mais de acordo com a predominância do sentimento, que é afinal o motor da nossa existência.

Assim, na análise do primeiro tipo enunciado pelo texto normativo, temos a figura da recusa de prestação de serviços essenciais à subsistência do povo e a sonegação ou recusa da venda para aquele que esteja em condições de realizar a compra mediante pronto pagamento¹²⁰:

Art. 2º. São crimes desta natureza:

I - recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar a vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

É importante notar que tal disposição em muito se aproxima daquela prevista no inciso IX do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, que foi alterado pela Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. A similaridade é expressa, pois na lei de defesa do consumidor o enunciado normativo considera como prática comercial abusiva a conduta de recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se “disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”.

A recusa da prestação de serviços essenciais à subsistência, embora prevista na Lei dos Crimes contra a Economia Popular, não recebeu a mesma disciplina expressa na lei de proteção ao consumidor. Importante lembrar, todavia, que o rol das condutas consideradas abusivas é exemplificativo e que há o reconhecimento de que existem outras condutas¹²¹ que podem – devem – ser consideradas para a proteção dos consumidores.

Assim, a recusa individual em estabelecimento comercial de prestação de serviços essenciais à subsistência deve ser considerada no programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, embora esteja prevista na Lei dos Crimes contra a Economia Popular e não no Código de Defesa do Consumidor.

¹²⁰ BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em: 15 out. 2016. Art. 2º, I da Lei nº 1.521, de 1951.

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 891.

Os elementos essenciais que devem compor o programa normativo, neste caso, são: a) a recusa individual realizada em estabelecimento comercial; e b) a recusa deverá ser de prestação de serviços essenciais à subsistência do povo.

Para fins de apuração da conduta penal no âmbito da Lei n. 1.521 de 1951, Elias de Oliveira¹²² (1952, p. 50) destaca que a recusa deverá ser individual, isto é, em relação a um cidadão específico, pois, se for uma recusa de atendimento da coletividade, poderá ser configurado o direito de greve que, assegurado pela Constituição, não poderia tipificar um crime. Outro ponto comentado foi que, para a configuração do crime, bastaria a realização da conduta – recusa por parte do agente, sendo dispensada a materialidade do resultado. Trata-se, segundo o autor, de crime formal, especificamente de perigo, dispensando elemento material consumativo: “A infração é caracteristicamente um crime de perigo, *sub specie* do delito *formal*, não sendo exigido que o agente alcance o êxito”.

Para a elaboração do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas importa examinar o que pode ser considerado serviço essencial. Há uma definição expressa do que é considerado serviços essenciais. Trata-se do texto normativo da lei de greve – Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta o exercício do direito de greve e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Especificamente, em seu artigo 10, são elencados como serviços ou atividades consideradas essenciais:

I – o tratamento e abastecimento de água, a produção e a distribuição de energia elétrica, do gás e dos combustíveis;

II – a assistência médica e hospitalar;

III – a distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – serviços funerários;

V – o transporte coletivo;

VI – a captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII – as telecomunicações;

¹²² OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o Júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952. p. 50.

VIII – a guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X – o controle de tráfego aéreo; e

XI – a compensação bancária.

A definição de serviços e atividades essenciais é importante para a construção do programa normativo. Trata-se de texto de norma e ele é fundamental, pois é a partir de seu enunciado que se elabora o programa normativo. É necessário respeitar os limites estabelecidos pela lei. Logo, os casos enunciados no artigo 10 da referida lei, quando estiverem sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, poderão compor o horizonte de possibilidades para aplicação e concretização da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Isto é, poderão integrar e, a depender do caso concreto, poderão ser considerados como práticas comerciais abusivas.

É importante registrar que a Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, estabelece deveres a todos os elos da cadeia de prestação de serviços, nos seguintes termos:

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação de serviços “indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

Fundamental deixar registrado que há o reconhecimento sobre a importância e a deferência democrática e constitucional ao direito de greve. Porém, é necessário observar que, realizada a greve de modo abusivo e, sendo o serviço de natureza essencial, nos termos definidos pelo texto normativo, ela poderá também, quando caracterizada como uma relação jurídica de consumo, produzir seus reflexos no direito do consumidor, especialmente, no regime de proteção contra as práticas abusivas no fornecimento do serviço.

Não se trata, evidentemente, de um *ante casum* à espera do fato concreto para que se realize a sua aplicação. Trata-se, ao contrário, de um elemento que passa a integrar o programa normativo que, diante do âmbito do caso, poderá ser concretizado e produzir seus efeitos normativos.

A existência de leis que prescrevem a obrigatoriedade de atendimento mínimo do serviço essencial provoca uma legítima expectativa sobre o seu devido cumprimento. Espera-se, sobretudo, uma atitude de preparação, planejamento e cuidado para que o exercício do direito de greve não exceda os limites enunciados na lei como mínimos para o respeito ao Estado Democrático e Constitucional e à pessoa humana que, nestes casos, revela-se como a principal destinatária da proteção.

Não há como desconsiderar a situação de abuso que sofre o consumidor que utiliza, por exemplo, o transporte coletivo de ônibus ou metrô e que fica completamente desassistido quando o limite legal não é devidamente respeitado. Luis Alberto da Costa¹²³ (2012) considera que ocorrem sérios problemas para aqueles que dependem do transporte coletivo, seja para “se deslocar para o trabalho, ou para a escola, ou ter acesso a outros serviços públicos”, inclusive os serviços de saúde. Porém, o mais grave é que “os sistemas de transporte coletivo invariavelmente operam no limite da demanda de usuários, ou seja, sempre que se reduz a frota, o serviço deixa de ser adequado, seguro e eficiente”.

Por isso, a prevenção de danos deve evocar a existência de um plano mínimo que assegure “a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” e certificar-se de que se cumpra a obrigação de “comunicar a decisão aos empregados e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação”, conforme prescreve a lei de greve¹²⁴. A prevenção também é um enunciado no texto de proteção ao consumidor, prevista no artigo 6º, inciso VI, que pode ser concretizada em norma e produzir seus efeitos. Declarada como direito básico, isto é, como um direito mínimo a ser respeitado por fornecedores e pelo Estado brasileiro, ela é

¹²³ COSTA, Luis Aberto da. *O direito de greve e suas implicações na prestação de serviços públicos e na concretização de direitos sociais fundamentais*. *Revista Thesis Juris*, v.1, n.1, 2012. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/3>>. Acesso em: 08 out. 2015.

¹²⁴ Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. “Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” e “Art. 13. Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação”.

também uma prescrição de ordem pública e interesse social, nos termos do artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Outro elemento importante da Lei n. 1.521, de 1951 está na definição do que ela considera essencial. No parágrafo único do artigo 2º está previsto que:

Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

Para além das possibilidades de interpretação, o parágrafo único do artigo 2º dispõe, de forma expressa e objetiva, um rol do que considera essencial. São verdadeiros limites, que devem ser observados na elaboração do programa normativo. Assim, será possível considerar no programa normativo como prática abusiva a recusa de venda relacionada a vestuário, iluminação, produtos terapêuticos, sanitários, combustível, artigos destinados à alimentação, habitação e materiais de construção.

O sentido de abusividade reside nos excessos, na deslealdade de recusar a comercialização de produto de primeira necessidade, essencial para a “subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades¹²⁵”. Não se trata apenas de limitação do direito subjetivo do fornecedor, mas de ofensa à dignidade da pessoa ou, no caso, do consumidor.

Pode resultar em prática abusiva, mas não deve, porque trata-se de um programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. É necessário o caso concreto para que se defina o âmbito de aplicação e, portanto, ocorra a concretização da norma e, conseqüentemente, a consideração da

¹²⁵ BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em: 15 out. 2016. Artigo 2º, parágrafo único.

prática como abusiva. O que é possível afirmar nesta etapa da estruturação do sistema de práticas comerciais abusivas é que a recusa individual, realizada em estabelecimento comercial, relativa aos produtos acima elencados, pode ser considerada abusiva.

Lenio Luiz Streck¹²⁶ (2014, p. 299) esclarece a importância da condição de possibilidade, que é o caso concreto, pois “a interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural”. Mais adiante, o autor esclarece que a *applicatio* é o momento do “acontecer do sentido”. E, ao final, ele prescreve: “Não há texto sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível”.

Como vimos, a interpretação histórica permite resgatar a existência de outros textos de normas que também veiculam disposições para a proteção dos consumidores contra práticas comerciais abusivas. No caso, o texto de norma prescreve as condutas consideradas crimes contra a economia popular, e a lei de proteção ao consumidor, especificamente no caso da proteção contra as práticas comerciais abusivas, a proibição de determinadas condutas que se sujeitarão a eventuais sanções administrativas e a devida reparação no âmbito civil, individual ou coletivo, quando resultar em danos patrimoniais ou morais aos consumidores.

É previsto como crime, pelo artigo 7º, inciso II da Lei n. 8.137, de 1990, expor à venda ou vender mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial. Neste caso, houve revogação do antigo art. 2º, inciso II da Lei de Crimes contra a Economia Popular. A redação dispõe que:

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 299.

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

Tal disposição é também muito próxima da prevista no artigo 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê ser prática comercial abusiva:

[...] colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

A interpretação histórica remota permite verificar que houve uma alteração das disposições previstas nas leis anteriores. No artigo 2º, inciso II da Lei de Crimes contra a Economia Popular, contemplava-se apenas a hipótese de não ter ocorrido o atendimento das determinações oficiais relacionadas ao peso e à composição. A Lei dos crimes contra as relações de consumo, no artigo 7º, inciso II, acrescentou a embalagem, tipo e especificação, com ampliação nítida de novas obrigações. No enunciado normativo da lei de proteção ao consumidor há uma significativa alteração, pois ele passa a prescrever a obrigação também para os prestadores de serviços, que até então não estavam sujeitos à obrigação de natureza penal.

Outra importante alteração foi em relação aos elementos que deveriam adequar-se às determinações oficiais. Mesmo que a Lei de crimes contra as relações de consumo tenha ampliado os elementos que deveriam estar de acordo com as normas oficiais – embalagem, tipo, especificações, peso ou composição –, o dispositivo do artigo 39, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor considera o dever de adequação em relação a todo produto ou serviço prestado. Ou seja, qualquer que seja o dever de adequação prescrito pela regulação, o fornecedor deverá observar sob pena de realizar conduta abusiva no mercado de consumo.

A última diferença que pode ser observada refere-se ao reconhecimento da competência de determinados sujeitos para a elaboração das obrigações previstas no artigo 39, VIII do Código de Defesa do Consumidor. Anteriormente, a obrigação deveria ser prescrita por lei ou por uma “classificação oficial”. Na atual disposição da lei de proteção do consumidor, ela será expedida por órgãos oficiais

competentes ou pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, ou ainda, outra entidade que venha a ser credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, o Conmetro. Se é certo que a primeira trata do tipo penal, é certo que a prescrição do artigo 39, VIII refere-se à obrigação civil, que poderá ensejar a devida reparação ao consumidor e eventual sanção administrativa. Em seus efeitos, elas são distintas e, por isso, sua prescrição acompanha uma racionalidade que estabelece condutas mais restritivas ao tipo penal.

No que interessa nesta parte da análise do programa normativo, fica nítida a existência histórica de um limite mínimo a ser observado pelo fornecedor no mercado de consumo. É possível considerar que, no programa normativo, tal obrigação é antiga, não representa nenhuma novidade e está presente no sentido de abuso veiculado pela Lei de proteção do consumidor. A comercialização que não respeita os parâmetros e requisitos técnicos também é grave, e configura eventual crime contra as relações de consumo. O abuso e o excesso estão no descumprimento das regras e normas técnicas existentes, colocando os consumidores em risco ou mesmo provocando danos à sua esfera patrimonial ou moral.

A recusa em fornecer nota fiscal era considerada crime contra a economia popular. O enunciado normativo veiculado no art. 2º, inciso IV previa como crime¹²⁷:

IV - negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês;

Alterado pela Lei n. 8.137 de 1990, o inciso adotou nova redação, que passou a prever como crime contra as relações de consumo:

Art. 1º, inciso V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Como no caso da recusa de prestação de serviços essenciais ao consumo do povo, o simples fornecimento da nota fiscal, quando obrigatório, não

¹²⁷ BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

está previsto no Código de Defesa do Consumidor. A previsão do enunciado normativo está na Lei n. 8.137, de 1990. Nesse caso, a previsão no texto da norma é de uma conduta passível de crime.

Do mesmo modo anterior, parece-nos possível que tal conduta venha a ser considerada no programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. É relevante registrar, neste caso, que uma eventual aplicação de sanção administrativa por aquele que realize a conduta enunciada como abusiva não violaria a proibição do *bis in idem*, pois há previsão expressa na lei do consumidor que aponta:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

A previsão que considera crime a conduta prescrita¹²⁸ no art. 2º, inciso V enuncia que são crimes desta natureza:

V - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

Entretanto, tal previsão foi revogada pela Lei n. 8.137 de 1990, que aprimorou sua redação, deixando expressa a finalidade da conduta ilícita, que é a comercialização do produto ao consumidor. Assim, prescreveu o artigo 7º, inciso III, afirmando constituir crime contra as relações de consumo:

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais de mais alto custo;

Neste caso não há uma disposição corresponde nos incisos do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, nas disposições que tratam do sistema de responsabilidade nas relações de consumo, o artigo 18, §6º, inciso II, prevê que os produtos alterados são considerados impróprios ao uso e consumo e sujeitam o fornecedor à imediata reparação, nos termos do §3º do mesmo artigo. Poderá o consumidor, nos termos do artigo 18, §1º, escolher a substituição do

¹²⁸ BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em: 15 out. 2016

produto, a restituição do valor pago, monetariamente atualizado, ou ainda, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, o abatimento proporcional do preço do produto.

Apesar de não haver previsão expressa, é possível considerar que a conduta descrita no artigo 7º, inciso III da Lei n. 8.137, de 1990 seja considerada uma prática abusiva contra o consumidor e que, portanto, possa integrar o programa normativo do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. Pode ser considerada uma prática comercial abusiva porque depende do caso jurídico, concreto ou abstrato, e a respectiva concretização do programa normativo no âmbito normativo.

Nota-se que não é possível a aplicação do artigo 18, §6º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor para uma eventual configuração da conduta abusiva por parte do fornecedor. Como sustentou-se anteriormente, a comercialização de produtos impróprios, que causam danos aos consumidores, submetem-se ao regime de responsabilidade por vícios do produto.

O sistema de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, previsto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, apresenta um rol exemplificativo, podendo contemplar outras hipóteses. O artigo 7º, inciso III da Lei n. 8.137 de 1990, que está em vigor, deve ser respeitado e, portanto, considerado no programa normativo do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. É necessário, no entanto, o processo de interpretação para que ocorra a sua concretização.

Georges Abboud¹²⁹ (2014) observa que em um contexto democrático: “[...] a aplicação da lei não pode ser uma questão de escolha e vontade, conforme bem ensina Lenio Streck: somente se a lei é inconstitucional é que ela pode deixar de ser aplicada”.

O crime de transgressão das tabelas oficiais de gêneros e mercadorias ou mesmo serviços essenciais previstos no inciso VI do art. 2º da Lei n. 1.521 de 1951 foi revogado pelo artigo 6º, inciso I da Lei nº 8.137, de 1990. A antiga disposição previa ser crime contra a economia popular:

¹²⁹ ABBOUD, Georges. *Discrecionariade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

Elias de Oliveira¹³⁰ (1952, p.84), nos comentários ao antigo dispositivo da Lei dos Crimes contra a Economia Popular afirmava que: “O que a intervenção visa impedir é o *mau* uso da propriedade e o abuso do poder econômico, quando impõe limitações de preços”.

Na nova redação do inciso VI do art. 2º da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, veiculado pelo art. 6º, inciso I da Lei n. 8.137 de 1990, pode-se observar algumas importantes alterações. O texto normativo não estabelece o controle de produtos e serviços essenciais. Na disposição atual, o controle é dirigido a todo e qualquer produto ou serviço que esteja em regime de controle ou acompanhamento de preços. A conduta vedada¹³¹ é:

Art. 6º, I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental, e ao estabelecido em regime legal de controle;

A outra alteração evidente é a supressão da obrigatoriedade de afixação dos preços em lugar visível, de fácil leitura ao consumidor, na nova redação.

Importante registrar que a Lei n. 8.137 foi editada em 27 de dezembro de 1990, mesmo ano da edição do Código de Defesa do Consumidor. Em certa medida, é razoável afirmar que ambas as edições legislativas compartilhavam o mesmo momento político e econômico no país. Mais que contemporâneas, elas nascem no mesmo momento e, com ele, guardam uma relação histórica de pertinência e contexto.

Por isso, quando relacionamos as disposições do texto normativo da Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, é possível notar certa unidade. No caso examinado, há uma correspondência entre a disposição comentada e o artigo 41 do Código de Defesa do Consumidor. A

¹³⁰ OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o Júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952. p. 84.

¹³¹ BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 15 out. 2016.

previsão veiculada no texto da norma está inserida no sistema de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Ela prescreve:

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Uma comparação entre as disposições permite verificar que ambas tratam do controle de preço de produtos e serviços. As diferenças estão na possibilidade de reparação do dano econômico do consumidor, expressamente prevista na lei de proteção do consumidor. Houve, também, outro importante elemento na disposição: ela prevê, expressamente, que sua aplicação não prejudica outra providência adotada pelo operador do direito, isto é, a reparação não impede a aplicação da sanção penal ou administrativa ao infrator.

Nota-se que a supressão da obrigatoriedade de afixação do preço tabelado ao consumidor não desobriga o fornecedor de assegurar que o consumidor seja devidamente informado. No âmbito administrativo e civil, não resta dúvida que tal obrigação existe e é um dos eixos fundamentais da defesa do consumidor¹³².

No artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor está previsto, como direito básico do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Do mesmo modo, é imperativo elencar a previsão enunciada no artigo 31 e seu parágrafo único, também do Código de Defesa do Consumidor, que prescreve o dever de informar do fornecedor:

¹³² O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial n. 1.364.915 de Minas Gerais, relatado pelo Ministro Humberto Martins, assentou que “O direito à informação, garantia fundamental da pessoa humana expresso no artigo 5º, XIV, da CF/1988, no Código de Defesa do Consumidor”.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Beales, Craswell e Salop¹³³ (1981, p. 491) compreendem o direito à informação do consumidor como uma questão muito mais complexa do que apenas um problema de falta de informação que precisa ser assegurado. Há um entendimento de que a existência da informação coloca o ônus da implementação nos consumidores informados, como também, nas próprias forças do mercado¹³⁴, que querem evitar o risco de exposição da ilegalidade.

O controle de preços de produtos e serviços e, portanto, sua informação para o consumidor mediante a afixação de preços, é uma prática antiga, remanescente do período inflacionário.

Hodiernamente, aplica-se o sistema de preços administrados pelo governo. Segundo o Banco Central do Brasil¹³⁵, preços administrados “são insensíveis às condições de oferta e demanda porque são estabelecidos por contrato ou por órgão público”.

Tais preços são divididos entre aqueles cujos serviços têm preços regulados em âmbito federal ou por agências reguladoras federais, e os outros, que são determinados por governos dos estados e dos municípios. São exemplos de preços administrados, em âmbito federal, os serviços de telefonia, gasolina e gás de cozinha, energia elétrica e planos de saúde.

No caso dos estados e municípios, temos a taxa de água e esgoto, e a maioria das tarifas de transporte público, tais como ônibus, metrô, e serviços ferroviários. Usualmente, as informações ao consumidor são prestadas mediante

¹³³ BEALES, Howard; CRASWELL, Richard; SALOP, Steven. *The efficient regulation of consumer information*. *Journal of Law & Economics*, v. 24. Chicago: University of Chicago, 1981.

¹³⁴ Ibidem. p. 513. “At the same time, information remedies place the burden of enforcement of quality on informed consumers in conjunction with marketplace forces”.

¹³⁵ Banco Central do Brasil. *Preços Administrados. Série Perguntas Mais Frequentes*. Brasília: 2015. Versão eletrônica.

afixação dos preços nos locais de venda e utilização dos serviços, como também, nos boletos de cobrança mensal, no caso de serviços contínuos.

A informação é um direito básico que permite ao consumidor realizar suas escolhas, como veremos mais adiante. Entretanto, neste caso, o papel desempenhado pela informação não será apenas a comunicação do preço administrado, controlado ou supervisionado pelo governo. Será, conforme acentuado anteriormente, uma forma de controle da sociedade sobre os preços dos produtos controlados. Afixar a tabela nos casos aplicáveis, enviar a informação ao consumidor mediante sistemas de mensagens eletrônicas ou qualquer outro mecanismo são formas de assegurar que os consumidores mais informados acompanhem o cumprimento da regra, como também, aumentam a exposição e o controle do preço do produto pelo fornecedor.

Assim, o programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas pode considerar a existência de uma regra (art. 11, c, da Lei Delegada n.4/62), a despeito das eventuais regulações de natureza infralegal estabelecidas pelos órgãos reguladores, que asseguram a informação e a afixação dos preços controlados e administrados pelo Estado. Em outras palavras, é importante ponderar que a eventual falta de informação e afixação do preço administrado pode ser considerada, diante do caso jurídico, concreto ou abstrato, prática abusiva nas relações de consumo.

A prescrição do dever de reparação dos prejuízos sofridos pelos consumidores veiculada na Lei de Proteção ao Consumidor não estava prevista na Lei dos Crimes contra a Economia Popular. Neste sentido, Benjamim (2011, p. 396) afirma que:

Até pouco tempo, o tabelamento de preços era visto precipuamente pelo prisma administrativo e penal (Lei de Economia Popular). O Código altera o tratamento da matéria, introduzindo um outro mecanismo de implementação: a reparação civil.

Trata-se de uma inovação da legislação de proteção do consumidor. Entretanto, ela será analisada de modo mais aprofundado ao examinarmos o artigo 41 do Código de Defesa do Consumidor.

No artigo 2º, inciso VII da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, é veiculada uma conduta que considera crime negar ou deixar de fornecer nota ou

caderno de vendas de gêneros de primeira necessidade ou ainda, deixar de especificar o preço da mercadoria comercializada, além dos fatos e endereço do fornecedor e da data e local da contratação, nos seguintes termos:

Art. 2º São crimes desta natureza:

[...]

VII - negar ou deixar o vendedor de fornecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de dez cruzeiros, ou de especificar na nota ou caderno - que serão isentos de selo - o preço da mercadoria vendida, o nome e o endereço do estabelecimento, a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês;

Embora não tenha sido revogado expressamente, o artigo 1º da Lei n. 8.137 de 27 de dezembro de 1990 deu uma nova redação à obrigatoriedade de emissão de nota e entrega para o consumidor. Assim, nos termos do referido artigo¹³⁶:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Há uma correspondência indireta com a Lei n. 12.741, de 8 de dezembro de 2012, referente às medidas de esclarecimento ao consumidor sobre os tributos federais, estaduais e municipais incidentes nas vendas de mercadorias e na prestação de serviços aos consumidores. Ela¹³⁷ dispõe que:

Art. 1º Emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo território nacional, deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda.

A lei de economia popular prescreve uma punição para aquele que se recusa a fornecer comprovante da contratação com o consumidor. É necessário que

¹³⁶ BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹³⁷ BRASIL. *Lei n. 12.741, de 8 de dezembro de 2012*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12741.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

se trate de bens de primeira necessidade e que os valores envolvidos sejam acima de dez cruzeiros.

Outra conduta prescrita é o não preenchimento da nota com o preço da mercadoria comercializada e os dados do estabelecimento e da transação realizada. Há uma nítida preocupação da lei em assegurar a documentação da transação realizada. Ela dialoga, de maneira direta, com os sistemas de controle de preços. A exigência de fornecimento da nota e sua especificação instrumentalizavam o cidadão em eventual reclamação ou demanda por seus direitos. Se houvesse um controle de preços, a posse da nota ou caderno permitiria ao consumidor reclamar e, assim, exercer o seu direito. Tratava-se também de um mecanismo de controle social, pois a obrigação de fornecer a “prova” do descumprimento para o consumidor poderia gerar o efeito inibitório da conduta.

Na medida em que tal disposição não está presente de forma expressa na Lei de Defesa do Consumidor e, especificamente, no regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, mas sim na Lei dos Crimes contra a Economia Popular, dado que seu descumprimento pode configurar, sem prejuízo da aplicação da lei penal, um abuso contra o consumidor, ela pode ser considerada no programa normativo e, em caso jurídico, pode ser concretizada também como prática comercial abusiva, com fundamento em suas disposições de textura aberta, como a prevista no *caput* do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 2º, inciso VIII, da Lei dos Crimes contra a Economia Popular veicula a proibição da imposição de preço de revenda, mediante acordo, o que remete ao sistema de proteção da concorrência e à conduta de exigir exclusividade na comercialização. A redação do artigo 2º, inciso VIII prescreve que é crime contra a economia popular: “VIII - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor”.

O exame do artigo 36, § 3º, inciso I,¹³⁸ da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a

¹³⁸ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]

ordem econômica, passou a contemplar de forma mais sistêmica os tipos veiculados pela Lei dos Crimes contra a Economia Popular.

Não é objeto deste trabalho o exame dos tipos penais. O propósito é a análise histórica das disposições prescritas como práticas comerciais abusivas no Código de Defesa do Consumidor, de seus tipos expressos ou daqueles considerados de textura aberta. Nesses, na medida em que não trazem um tipo específico, o desafio é elaborar, em um sistema pós-positivista e estruturante do direito, um programa normativo que apresente os elementos necessários para a delimitação do âmbito de aplicação e concretização da norma. Por isso, o exame dos tipos penais é relevante, já que estes compõem prescrições de condutas consideradas graves pela sociedade e podem integrar o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Welzel¹³⁹ (2015, p.63), quando analisa a antijuridicidade da conduta típica, assevera que:

Dado que o ordenamento jurídico quer criar, com suas normas e preceitos permissivos, uma ordem valorosa da vida social, a realização antijurídica do tipo é uma conduta que menospreza essa ordem valorosa. Por isso se diz, frequentemente, que a antijuridicidade é um juízo de desvalor da conduta típica.

Sendo antijurídica e representando um “desvalor” para sociedade, trata-se de considerar, para a concretização do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, os tipos penais da lei de economia popular e crimes contra a ordem econômica que mantêm uma relação direta com o interesse do consumidor. Por tratar-se de preenchimento de norma aberta, há o sentido de criação do direito.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

¹³⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁴⁰ (2015) apresentam outra perspectiva para a compreensão do trabalho criador do Direito. Para tanto, estabelecem como pressuposto entender que o fenômeno jurídico “deve ser analisado sob a ótica da técnica e do ordenamento de textos jurídicos, postos para a solução dos problemas nascidos dos conflitos jurídicos”. Mais adiante, aduzem que a tarefa do cientista do direito é a de procurar a regra adequada e também elaborar uma escala de valores para a decisão. Assim:

Sob esse enfoque, entende-se que o trabalho do cientista jurídico é o de analista das situações para as quais procura a regra adequada e de elaborador da escala de valores para a escolha de critérios de avaliação e formulação da regra. Com isso, assume uma maneira de pensar, sugere enfoques diversos para o problema jurídico e vislumbra o seu pensamento influenciando nas conclusões e posicionamentos que criam o Direito.

Assim e neste caso, a interpretação histórica realizada na Lei dos crimes contra a ordem econômica permitiu verificar que tais disposições foram alteradas e outras revogadas por leis posteriores. No caso do artigo 2º, inciso VIII da aludida lei, apesar da não revogação expressa, a lei que estabeleceu a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica disciplinou o tema de modo distinto e, em certa medida, incompatível com a disciplina anterior.

Desse modo, poderá ser considerada como prática comercial abusiva o artigo 36, § 3º, I da Lei n. 12.529 de 2011. Tal disposição poderá ser interpretada como uma das contempladas pelo rol exemplificativo veiculado pelo texto normativo do *caput* artigo 39 da referida lei. Neste caso, a hermenêutica não pretende resgatar a pura intenção da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, mas sim desvelar a sua verdade como texto existente e aperfeiçoado, que representa um importante limite para a atividade do fornecedor no mercado de consumo, e que precisa, portanto, ser considerada no programa da norma de proteção contra práticas abusivas. Neste sentido, Georges Abboud¹⁴¹ (2016, p. 79) expressa que:

Daí que compreender não é um processo linear, logo, sentenciar também não. A hermenêutica não é simplesmente, reduzível a um recuperar a pura intenção do autor (nem da lei), e sim revelar sua verdade (não vontade);

¹⁴⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. 1. Livro eletrônico.

¹⁴¹ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

assim, interpretar não é um simples reproduzir, mas produzir; não servir, e, em verdade, perguntar, não absolutizar o texto, mas revivê-lo.

Em tempos de empreendedorismo e novos produtos para o mercado de consumo, a disposição do artigo 2º, inciso IX da Lei dos Crimes Contra a Economia Popular afigura-se como bastante importante. Ela prevê como crime os casos em que se obtém ou mesmo se tenta obter do consumidor ganhos ilícitos mediante processos de “pirâmides”, considerados fraudulentos. Assim, prescreve o aludido artigo como crime contra a economia popular:

Art. 2º, IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);

Neste caso, o bem jurídico protegido é a boa-fé do consumidor ou, na época, a economia popular. É possível vislumbrar na disposição do texto normativo duas situações. A primeira conduta prescrita é aberta e é aplicada aos casos de “cambistas”¹⁴², em que se tenta comercializar ou se comercializa ingresso por valor acima do preço efetivamente ofertado aos consumidores. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 92.074 – RJ¹⁴³, ficou assentada a tipicidade da conduta e a aplicabilidade da Lei dos Crimes contra a Economia Popular.

É importante registrar a atualização legislativa para o caso do cambista de eventos esportivos. A Lei n. 10.671 de 15 de maio de 2003, o Estatuto do Torcedor, foi alterado pela Lei n. 12.299 de 2010, para acrescentar o artigo 41-F, que veicula o tipo penal para o cambista, nos seguintes termos: “Vender ingressos de evento

¹⁴² Interessante a posição de Roberto Lyra. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940, p. 101, em que estabelece uma diferenciação entre especulação lícita e ilícita. Para ele, “no sentido literal, entende-se por especulação uma previsão particular, o fato de, ao fazer uma operação, procurar o máximo de lucros e o mínimo de custos. Sua normalidade é indiscutível. Se o comerciante está exposto aos prejuízos, menos-valia, tem direito aos benefícios da mais-valia”.

¹⁴³ A ementa estabelece que: “HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. CAMBISTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRANSAÇÃO. INTEGRAL CUMPRIMENTO DA SANÇÃO IMPOSTA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PEÇAS IMPRESCINDÍVEIS À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. 1. Constatado que o acusado acolheu a proposta de transação penal do Ministério Público e cumpriu a sanção restritiva de direitos imposta, carece de objeto a presente impetração, que busca o trancamento da ação penal, uma vez que já está extinta a punibilidade. 2. Ademais, o rito de habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida. A conduta praticada pelo acusado pode, em tese, ser enquadrada no tipo do art. 2º, inciso IX, da Lei n. 1.521/51, e não existe nos autos qualquer documento que demonstre, extreme de dúvidas, os exatos contornos da conduta imputada ao Paciente. 3. Habeas corpus denegado”.

esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete: Pena – reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa”.

Assim, nos casos de eventos esportivos, não se aplica a Lei dos Crimes contra a Economia Popular, mas o Estatuto do Torcedor. Enquanto o primeiro enunciado destina-se a qualquer tipo de evento, incluindo shows, espetáculos, feiras e outros, em que ocorra especulação ou cobrança de preço superior ao expresso no bilhete, o segundo está restrito aos eventos de natureza esportiva.

A segunda parte do art. 2º, inciso IX da Lei dos Crimes contra a Economia Popular prevê a proibição dos processos fraudulentos e exemplifica os casos de “bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo” e outros equivalentes. A “bola de neve”, segundo Elias de Oliveira¹⁴⁴ (1952, p. 95), “é um sistema cooperativo de venda, em que o povo sai sempre logrado, iludido na sua boa-fé”. O engano ocorre quando é apresentada uma “sedutora promessa de ceder por preço exíguo um objeto de notável valor”, mediante a aquisição de parcelas de pequenos valores. A obrigação não consistirá apenas no pagamento dos valores das parcelas. O consumidor é obrigado a realizar novo contrato com outros consumidores com as mesmas condições negociais que ele recebeu. Os primeiros contratantes são os beneficiados com o esquema, em detrimento dos posteriores, pois estes começam a ter dificuldades em encontrar outros compradores e, sem eles, não há possibilidade de receber o bem. Usualmente eles realizam o pagamento e acabam sem o bem que tanto pretendiam.

Na “cadeia”, também conhecida como “corrente da felicidade”, do mesmo modo, apenas os primeiros contratantes são beneficiados. Trata-se de uma modalidade de captação de recursos, composta por uma lista hierárquica, muitas vezes em forma de pirâmide, na qual os que estão no topo devem receber a totalidade de recursos arrecadados pela base. Na medida em que o primeiro recebe os valores, ele é substituído pelo que está imediatamente abaixo e assim sucessivamente.

Há inúmeras variações, mas todas resultam em enorme prejuízo ao consumidor, que realiza o pagamento e, invariavelmente, fica sem os valores

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o Júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952. p. 95.

oferecidos. A engenhosidade da fraude não tem limites e, frequentemente, o valor pecuniário é substituído por produtos ou serviços cujo pagamento não representa, ao final, um ganho ao consumidor. Novas modalidades de abuso surgiram, como o denominado marketing multinível¹⁴⁵, que prometem ganhos financeiros para o consumidor e simulam a contratação ou a execução de trabalhos, mas que, ao final, representam apenas novas versões da antiga prática comercial abusiva.

Por fim, a última modalidade exemplificada na Lei dos Crimes contra a Economia Popular é o “pichardismo”. Para Elias de Oliveira (1952, p. 96):

O “pichardismo”, assim chamado como derivação do nome de seu autor, o italiano *Manuel Severo Pichardo*, é uma espécie de sistema reintegrativo. Enliça os incautos prometendo restituir aos compradores ao fim de algum tempo, as quantias pagas. Mas, como não será possível pagar os fornecedores de mercadorias e restituir o dinheiro das compras, o plano fraudulento acarreta, afinal, uma enorme lesão ao patrimônio do povo, enquanto o autor da fraude se locupleta.

Assim, a interpretação histórica permite resgatar alguns tipos penais que tutelam a boa-fé e o interesse econômico do consumidor. Como no caso analisado, a figura do cambista, esportivo ou não, que adquire ingressos para depois revendê-los a um preço muito superior ao consumidor, não resta dúvida do excesso cometido e, portanto, na dimensão linguística, da existência do abuso, suficiente para que ele seja considerado no programa normativo do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Do mesmo modo, os casos de “bolas de neve”, “pirâmides”, “correntes da felicidade” e “pichardismo”, que, diante de um número indeterminado de consumidores, promete uma vantagem econômica que não se realizará, deixando considerável prejuízo para toda a coletividade de pessoas consumidoras. O abuso está na prática de enganar, fraudar o consumidor e se apropriar de forma indevida de seu patrimônio. Representa também um desvalor para toda sociedade, daí ser possível integrá-lo ao programa normativo de proteção do consumidor. Será uma prática abusiva, em ambos os casos, quando, diante do caso jurídico, for realizada a sua concretização.

Os dois últimos tipos previstos na Lei dos Crimes contra a Economia Popular, mencionados abaixo, representam também abusos em detrimento do

¹⁴⁵ BRASIL. Justiça Federal do Acre. Vide o caso do *Telexfree*, Proc. n. 3278-58.2014.4.02.5001, na 1ª Vara Criminal – Justiça Federal – Acre.

direito do consumidor, e podem integrar o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

O primeiro tipo trata do contrato de venda a prestação em que ocorre uma fraude no sorteio para que o consumidor receba a coisa contratada ou ainda, apesar de realizado o pagamento, o consumidor não recebe a coisa vendida, nem os valores correspondentes às prestações pagas. Ou, ainda, descontar as prestações pagas nos casos de vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, sendo a quantia maior do que a corresponde à depreciação o objeto. Trata-se do tipo veiculado no inciso X, do artigo 2º da Lei de Crimes contra a Economia Popular.

O segundo tipo refere-se à fraude de pesos ou de medidas padronizadas em normas, ou simplesmente possuir ou deter os instrumentos de medição quando sabe estarem eles fraudados. Neste caso, a prescrição está prevista no artigo 2º, inciso XI, também da Lei de Crimes contra a Economia Popular.

Os tipos referidos nos dois incisos são previstos como crimes e ofendem a ordem jurídica. Embora defasados, ainda estão previstos em lei vigente e, por isso, integram o programa normativo de práticas abusivas. Dependerá, entretanto, do caso jurídico para a sua realização. A interpretação histórica auxilia a identificação da origem da disposição e permite acompanhar as suas alterações, sendo possível observar o momento específico que justificava sua prescrição.

Como são elementos linguísticos que contribuem para a compreensão das práticas comerciais abusivas, especialmente de seus tipos abertos, previstos no artigo 39, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, a consideração dos tipos penais, históricos e vigentes, passa a ter uma importância muito grande, pois além de enriquecer o horizonte de possibilidades do preenchimento das disposições abertas do rol exemplificativo, permite afastar o exercício discricionário para a proteção do consumidor.

A existência de leis e disposições representa um elemento importante para o programa da norma, pois coaduna-se com o método e permite maior controle de toda a sociedade sobre os elementos que compõem o processo de decisão. Em grande medida, afastamo-nos do exercício discricionário e prestigiamos os

elementos previstos em lei, o que, em última análise, representa uma deferência ao Estado Constitucional e de Direitos.

A Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, conforme afirmado anteriormente, foi o texto de lei de natureza administrativa que regulamentava a intervenção no domínio econômico, com o propósito de assegurar a livre distribuição de produtos para a sociedade brasileira. Foi ela que substituiu a Lei n. 1.522, de 26 de setembro de 1951, editada em conjunto com a Lei dos Crimes contra a Economia Popular, comentada anteriormente. Na Lei Delegada n. 4 de 1962, estava prevista a possibilidade de o Estado intervir na economia para compra, armazenamento, distribuição e venda de produtos¹⁴⁶, para fixação de preços, desapropriação de bens e, ainda, na concessão de incentivos.¹⁴⁷

Não resta dúvidas que se tratava de um momento específico da economia e da sociedade brasileira, que concentrava seus esforços no combate ao processo inflacionário. Porém, neste particular, interessa-nos destacar as condutas previstas no texto da lei de intervenção, que eram consideradas ilícitas, e que, se caracterizadas mediante processo administrativo sancionatório, resultaria na aplicação de multas ao seu infrator. Previstas no artigo 11 da referida lei de intervenção há vinte e um tipos de condutas que são considerados ilícitos administrativos, conforme disposto no artigo 1º, da Lei n. 7.784, de 28 de junho de 1989, e passíveis de punição pecuniária de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência – UFIR, “vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei”, conforme redação dada pela Lei n. 8.881, de 1994.

¹⁴⁶ Art. 2º A intervenção consistirá: I - na compra, armazenamento, distribuição e venda de: a) gêneros e produtos alimentícios; b) gado vacum, suíno, ovino e caprino, destinado ao abate; c) aves e pescado próprios para alimentação; d) tecidos e calçados de uso popular; e) medicamentos; f) Instrumentos e ferramentas de uso individual; g) máquinas, inclusive caminhões, "jipes", tratores, conjuntos motomecanizados e peças sobressalentes, destinadas às atividades agropecuárias; h) arames, farpados e lisas, quando destinados a emprêgo nas atividades rurais; i) artigos sanitários e artefatos industrializados, de uso doméstico; j) cimento e laminados de ferro, destinados à construção de casas próprias, de tipo popular, e as benfeitorias rurais; k) produtos e materiais indispensáveis à produção de bens de consumo popular.

¹⁴⁷ Art. 2º, II - na fixação de preços e no contrôle do abastecimento, neste compreendidos a produção, transporte, armazenamento e comercialização; III - na desapropriação de bens, por interesse social; ou na requisição de serviços, necessários à realização dos objetivos previstos nesta lei; IV - na promoção de estímulos, à produção.

Nas vinte e uma previsões do artigo 11 da Lei Delegada n. 4, de 1962, é possível verificar que treze disposições¹⁴⁸ estão diretamente relacionadas ao abastecimento de mercadorias, à prestação serviços e, principalmente, à fixação, controle e supervisão de preços praticados no mercado de consumo. As alíneas do artigo 11, do referido texto de lei, são “a”, “b”, “c”, “g”, “k”, “l”, “m”, “o”, “p”, “q”, “r”, “t” e “u”. Das oito alíneas restantes¹⁴⁹ do artigo 11, também da Lei Delegada n. 4, de 1962, seis relacionam-se diretamente com a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. São elas as alíneas “d”, “e”, “f”, “h”, “i”, e “s”, todas do artigo 11. As duas alíneas restantes relacionam-se com a instrumentalização do processo de supervisão e fiscalização – alíneas “j” e “n”.

¹⁴⁸ Lei Delegada nº 4, de 1962, “Art. 11, a) vender ou expuser à venda mercadorias ou contratar ou oferecer serviços por preços superiores aos oficialmente tabelados, aos fixados pelo órgão ou entidade competente, aos estabilizados em regime legal de controle ou ao limite de variações previsto em plano de estabilização econômica, assim como aplicar fórmulas de reajustamento de preços diversas daquelas que forem pelos mesmos estabelecidas; b) sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los ou os reter para fins de especulação; c) não manter afixada, em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares; g) efetuar vendas ou ofertas de venda, compras ou ofertas de compra que incluam uma prestação oculta, caracterizada pela imposição de transporte, seguro e despesas ou recusa de entrega na fábrica, sempre que esta caracterize alteração imotivada nas condições costumeiramente praticadas, visando burlar o tabelamento de preços; k) sonegar documentos ou comprovantes exigidos para apuração de custo de produção e de venda, ou impedir ou dificultar exames contábeis que forem julgados necessários, ou deixar de fornecer esclarecimentos que forem exigidos; l) fraudar as regras concernentes ao controle oficial de preços mediante qualquer artifício ou meio, inclusive pela alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos como a embalagem, denominação, marca (griffe), especificações técnicas, volume ou peso dos produtos, mercadorias e gêneros; m) exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional a valores relativos a preços tabelados, congelados, fixados, administrados ou controlados pelo Poder Público; o) organizar, promover ou participar de boicote no comércio de gêneros alimentícios ou, quando obrigado por contrato em regime de concessão, no comércio de produtos industrializados, deixar de retirá-los de fábrica, dificultando a sua distribuição ao consumidor; q) promover ajuste ou acordo entre empresas ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessados no objeto de suas atividades, que possibilite fraude à livre concorrência, atuação lesiva à economia nacional ou ao interesse geral dos consumidores; r) aplicar fórmulas de reajustamento de preços proibidas por lei, regulamento, instrução ministerial, órgão ou entidade competente; e u) monopolizar ou conspirar com outras pessoas para monopolizar qualquer atividade de comércio em prejuízo da competitividade, mesmo através da aquisição, direta ou indireta, de controle acionário de empresa concorrente”.

¹⁴⁹ Lei Delegada n. 4, de 1962, “Art. 11, d) favorecer ou preferir comprador ou freguês, em detrimento de outros, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; e) negar ou deixar de fornecer a fatura ou nota, quando obrigatório; f) produzir, expuser ou vender mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real; h) emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade, ou, ainda, aos serviços efetivamente contratados; i) subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta; s) fazer repercutir, nos preços de insumos, produtos ou serviços, aumentos havidos em outros setores, quando tais aumentos não os alcancem, ou fazê-los incidir acima de percentual que compõe seus custos; e t) negar-se a vender insumo ou matéria-prima à produção de bens essenciais;”.

A Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, encontra-se em vigor, embora tenha sido bastante alterada. Seus tipos, previstos no texto da lei de intervenção no domínio econômico, podem integrar o programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Assim, será cotejado, de forma mais detida, os sete tipos que se relacionam de forma direta com a proteção do consumidor.

Não se pretende estabelecer um repertório de circunstâncias ou tipos legais que *ante casum* permita a subsunção da lei ao caso concreto. Espera-se, conforme registrado anteriormente, compor o programa normativo do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Assim, do exame do artigo 11, alínea “d”, da Lei Delegada n. 4 de 1962 pode-se concluir que existe uma proibição ao favorecimento ou preferência entre consumidores, em detrimento de outros. Conforme se pode observar do art. 11, alínea “d”, fica sujeita à multa, aquele que, *verbis*: “favorecer ou preferir comprador ou freguês, em detrimento de outros, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”.

O texto de lei veiculado na alínea “d”, do artigo 11, da lei de intervenção econômica não encontra uma disposição similar no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. No exame mais detido de sua figura, é razoável afirmar que se pretende evitar a discriminação no mercado de consumo, isto é, a preferência de determinado consumidor em detrimento de outros consumidores.

Pretende-se realizar o princípio constitucional da isonomia, do tratamento adequado entre os vários consumidores. Importante registrar que a única ressalva constante do texto de lei são os casos de intermediários ou revendedores.

Não se trata de um *ante casum*, sendo necessário o caso jurídico – concreto ou abstrato, para que possa ser realizada a concretização da norma. O texto de lei é o patamar mínimo sobre o qual será elaborado o programa normativo. No caso, trata-se de previsão em lei sobre conduta exigível do fornecedor, sob pena de caracterização, no caso concreto, de um excesso e abuso, portanto, da necessidade de concretização da norma de proteção do consumidor contra práticas comerciais abusivas.

O distribuidor e o revendedor possuem uma relação jurídica diversa daquela realizada pelo consumidor. Não se trata de uma relação jurídica de consumo, pois eles – distribuidor e o revendedor – não seriam considerados consumidores, dado o propósito de comercialização e distribuição. Por isso, poderia haver tratamento diferente, com favorecimento ou preferência, pois compreendem uma relação contratual diversa daquela pactuada com o consumidor.

Negar ou deixar de fornecer a fatura ou nota quando obrigatório é considerado uma violação na lei de intervenção no domínio econômico, conforme preceitua o art. 11, alínea “e”, da referida lei. Embora represente uma versão mais sintética daquela prevista no art. 1º, inciso V da Lei n. 8.137, de 1990, seu objetivo não é de natureza fiscal ou tributária, mas relaciona-se com o direito do consumidor, pois a ausência da nota ou fatura representa uma forma de dificultar a demonstração do consumidor da relação contratual havida com o fornecedor. O propósito, na época, restava bastante claro. Na medida em que a lei de intervenção no domínio econômico visava a implementação e a execução da política de controle de preços, o fornecimento de nota ou fatura era imprescindível, pois, materializava o eventual descumprimento do regime econômico estabelecido. Hodiernamente, a nota e a fatura continuam sendo importantes, embora, boa parte das transações ocorram mediante meios de pagamento eletrônicos. Neles, o registro eletrônico permite a comprovação da relação jurídica de consumo.

Assim, como registrado anteriormente, a negativa de fornecimento de nota fiscal ou documento equivalente, pode integrar o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. O excesso que pode configurar a necessidade de proteção está na negativa do fornecimento, quando se trata de um direito reconhecido dos consumidores. Por isso, se caracterizada a ofensa no caso jurídico, faz-se necessária a concretização da norma para proteção dos consumidores.

Na alínea “f” do artigo 11 da Lei Delegada n. 4, de 1962, encontraremos quase a mesma previsão existente no artigo 7º, inciso II da Lei n. 8.137, de 1990. Trata-se da proibição de expor a venda ou vender produtos cujos dados de rotulagem não atendam determinadas obrigações legais ou não correspondam à classificação oficial ou real. A diferença da alínea “f” do artigo 11 da lei de

intervenção está na proibição da própria produção da mercadoria que esteja em desacordo com as prescrições legais.

O limite estabelecido pelo texto da lei é bastante similar e estabelece como limite para a liberdade de produção, distribuição e comercialização, o cumprimento de determinados preceitos legais, ou ainda, que não atenda a uma determinada forma de classificar os produtos comercializados. No caso da Lei Delegada, é possível notar que ela é mais severa e procura proibir a própria produção da mercadoria que não atenda aos preceitos legais de embalagem, tipo, especificação, peso ou composição.

A comparação com o disposto no artigo 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é também muito importante, porque permite notar que a prescrição encontrada na alínea “f”, do artigo 11 da Lei Delegada n. 4 é mais ampla, por incluir a proibição da produção, e mais específica, quando procura impor a obrigação de aderência às determinações legais ou classificações oficiais ou reais da embalagem, da classificação do tipo, muito usual em alimentos em grãos e *in natura*, da especificação informada ao consumidor, do peso e, ainda, da composição do produto.

Deste modo, a produção, exposição ou venda de mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real, compõem o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas abusivas. Registre-se que tais condutas, exceto a produção, constituem, também, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.137, de 1990, crime contra as relações de consumo.

Na alínea “h”, do art. 11, da Lei Delegada n. 4, de 1962, encontra-se a proibição para emissão de fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade, ou, ainda, aos serviços efetivamente contratados. Trata-se de uma tutela, novamente, ao regime de controle de preços, pois seria uma forma de burlar o regime com a própria emissão de documentos que retratariam uma situação não real. No entanto, não há uma especificação do tipo de nota de venda, sendo possível considerar a emitida ao consumidor. Neste caso, o problema seria não retratar de forma veraz e adequada a relação jurídica, tributária e de consumo existente. Por isso, consideramos suficiente

para que a disposição possa ser integrada ao programa da norma de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Trata-se de reconhecer e considerar o repertório legislativo existente e com ele procurar, mediante o paradigma pós-positivista da teoria estruturante do direito, concretizar os tipos abertos do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

A venda casada está prevista na Lei Delegada n. 4 como ato ilícito, mesmo antes da edição do Código de Defesa do Consumidor. Na alínea “i”, do artigo 11, da referida lei, verificamos que é vedado “i) subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta”. A redação do texto de proteção ao consumidor é mais adequada, pois inclui expressamente a proibição da subordinação da contratação de serviços; utiliza o comando “condicionar”, mais adequado do que subordinar, pois, nem sempre, haverá tal subordinação; e, no caso da limitação de quantidade, prevê a possibilidade de justa causa, que deve ser demonstrada pelo fornecedor.

A última hipótese a merecer considerações é a que prevê como ilícito a conduta de “fazer repercutir, nos preços de insumos, produtos ou serviços, aumentos havidos em outros setores, quando tais aumentos não os alcancem, ou fazê-los incidir acima de percentual que compõe seus custos”.

Trata-se de medida relacionada diretamente com o controle, supervisão e monitoramento de preços. Não há previsão tão detalhada no Código de Defesa do Consumidor, por isso, é bastante importante, inclusive para auxiliar na interpretação do disposto no artigo 39, inciso X, da lei de proteção do consumidor, que prevê como prática comercial abusiva a elevação, sem justa causa, do preço do produto ou serviço.

O repasse de preços ao consumidor, quando não relacionado com o aumento de custos, pode ser, conforme visto, uma prática comercial abusiva. O texto da lei em vigor estabelece um limite para o repasse de preços. O aumento de preços precisa guardar uma relação de pertinência com os fatos econômicos ocorridos e, mesmo quando relacionados, é necessário que o percentual de aumento possua um teto, que não pode ser “acima de percentual que compõe seus custos”.

Há texto de lei, porém, não existe, ainda, a norma. Há que se ter o caso jurídico para que o programa da norma possa incidir naquilo que foi denominado por âmbito da norma. No processo de concretização poderá ser necessário a proteção do consumidor que teve um repasse de preços de forma abusiva e, assim, ser realizada a norma prevista no art. 39, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei Delegada n. 4 expressava uma preocupação com a efetividade do processo de intervenção. Por isso, disciplinou, em duas alíneas (“j” e “n”) do artigo 11, medidas que respaldavam as ações de fiscalização, monitoramento e supervisão. No primeiro caso, considera-se infração o ato de dificultar ou impedir a observância das resoluções que seriam baixadas para o cumprimento das medidas de intervenção no domínio econômico. No segundo caso, trata-se de um tipo geral que respaldava a aplicação de sanções quando houvesse descumprimento do ato de intervenção, norma ou condição de comercialização ou industrialização estabelecido. Nesse último caso, tal disposição foi intensamente utilizada pelas primeiras ações de fiscalização de descumprimentos de prescrições do próprio Código de Defesa do Consumidor. Foi um fato bastante curioso, pois, a Lei Delegada n. 4 respaldou a aplicação do próprio Código de Defesa do Consumidor, nos seus primeiros anos de vigência.

Por isso, foi reputado necessário trazer para o programa normativo tais disciplinas que se encontram vigentes. Não são norma de proteção do consumidor, mas textos de lei que estabelecem limites para o exercício da liberdade do fornecedor no mercado de consumo e, conseqüentemente, integram o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

3.3 A interpretação sistemática do texto de lei de proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas

Na interpretação literal e histórica dos artigos 39, 40 e 41 do Código de Defesa do Consumidor, foi possível examinar os limites da linguagem e, em certa medida, o sentido histórico do conceito de proteção contra o abuso nas relações de consumo. Embora não houvesse o uso da expressão abusividade ou abuso, e a tutela pretendida fosse a economia popular e a intervenção na ordem econômica, o sujeito da proteção era o consumidor, em razão do poder do mercado. Foi também

relevante notar que o programa normativo poderia contemplar previsões legislativas que, embora antigas, ainda continuam em vigor e com força normativa, o que permitiu a ampliação de suas possibilidades, lastreadas não no exercício discricionário do aplicador do direito, mas em disposições previstas em lei.

A composição do programa normativo não está completa, pois é necessário acrescentar outros elementos linguísticos que contribuirão para a sua formação. Se antes foram utilizadas a interpretação literal para definir os limites possíveis da linguagem prescrita nos artigos 39, 40 e 41, e a interpretação histórica para identificar as disposições que deram origem e ainda compõem o programa normativo, agora é necessário utilizar a interpretação sistemática para finalizarmos o programa normativo do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Zippelius (2012, p.360)¹⁵⁰ lembra que a interpretação “é um procedimento argumentativo, em que se faz uma escolha entre diferentes alternativas de interpretação”. Mas, o ponto fundamental para realizar as escolhas “é determinado pela questão de saber qual a alternativa que conduz à solução que mais satisfaz o sentido de justiça”.

Carmen Lígia Nery (2014, p. 123) entende que não existe um método que permita indicar qual o processo interpretativo correto, pois:

Não há (nunca houve) um método capaz de garantir o processo interpretativo pelo simples fato de que não há uma categoria primordial fundante à qual se pudesse contrapor a interpretação para fazer a checagem do acerto dessa interpretação.

Se não há um método capaz de assegurar o que seria uma interpretação correta, e sendo ela um procedimento argumentativo que comporta inúmeras possibilidades, é fundamental que a escolha do argumento mantenha uma relação de pertinência e compromisso com a opção interpretativa ou argumentativa que melhor possa preencher o sentimento de justiça da sociedade, naquele determinado momento histórico.

Embora o programa normativo não tenha sido completamente elaborado, é possível verificar que há um sentido de justiça quando se pretende estabelecer limites na lei para o exercício de direitos subjetivos do fornecedor. Há uma

¹⁵⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 360.

demarcação de limites pelo texto normativo que afasta as condutas excessivas, lastreada na prevalência da posição privilegiada do fornecedor em detrimento da vontade, ou mesmo da liberdade, do consumidor. A vulnerabilidade do consumidor é determinante para a ocorrência do abuso. Se as partes contratantes – consumidor e fornecedor – possuísem forças correlatas, dificilmente ocorreria o excesso e o abuso. Ele ocorre porque o consumidor não possui força suficiente para resguardar o seu interesse e o seu direito. Por isso, o regime de proteção do consumidor contra as práticas abusivas procura realizar o sentido de justiça, compreendido este como equilíbrio e equidade entre os participantes da relação de consumo. Não se trata de interpretação tendenciosa, mas, da realização dos preceitos previstos na própria Constituição da República, qual seja, a promoção da defesa do consumidor, na forma da lei (artigo 5º, inciso XXXII), e assim, dar cumprimento aos objetivos previstos no art.3º, inciso I, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No entanto, para melhor examinar o sentido de justiça no regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, é necessário compor o programa normativo com elementos a serem identificados no processo interpretativo sistemático das prescrições previstas na lei de proteção do consumidor. É sabido que a ordem jurídica não representa um sistema lógico e homogêneo, que contém todos os elementos da norma. Apesar disso, registra Zippelius (2012, p. 365)¹⁵¹, temos uma tendência para sistematizar os casos em que existem uma multiplicidade de textos normativos. O propósito é construir uma perspectiva do acervo de leis e disposições existentes e tornar o próprio direito mais transparente.

Assim, a elaboração do programa normativo utiliza-se das disposições existentes no texto da lei e, sobre elas, examina as possibilidades de linguagem, interpretações, gramaticais, históricas e agora, sistemáticas. O resultado pretende apresentar um programa de norma que, juntamente com o âmbito da norma, permita a concretização do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

¹⁵¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 362.

A interpretação sistemática auxilia na elaboração do programa da norma. A sistematização do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas é realizada mediante a teoria estruturante do direito, no paradigma pós-positivista, com a separação do texto da lei e da norma, e fazendo uso do programa da norma e do âmbito da norma. Assim, interpretação sistemática e sistematização do regime de proteção são elementos diferentes, sendo o primeiro, integrante do segundo.

Sistematização é ordenação interior e unidade. Segundo Claus-Wilhelm Canaris¹⁵² (1996, p. 12), a ordenação é a expressão de um estado de coisas fundada na realidade e na unidade, o que evita uma “dispersão numa multitude de singularidades desconexas”, que podem ser conduzidas por “uns quantos princípios fundamentais”. A ideia de ordenação interior está diretamente relacionada com “as mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito¹⁵³”. É possível afirmar que há ordenação interior quando o conjunto de textos normativos relacionados respeita uma ideia de igualdade, de realização do princípio da igualdade. Neste sentido, as disposições do texto normativo de proteção do consumidor podem ser sistematizadas segundo sua relação igual entre si – proteção contra práticas comerciais abusivas e com a realidade (relação de consumo) – quando estabelecem limites para o exercício da posição de força do fornecedor em detrimento da posição de vulnerabilidade do consumidor. O exame das disposições dos artigos 39, 40 e 41 permite apresentar uma ordem de proteção do consumidor perante o exercício excessivo do fornecedor, que se vale de sua posição de força para submeter o consumidor à sua vontade, com a supressão, ainda que parcial, de sua liberdade.

O sentido de unidade é caracterizado pela homogeneidade das disposições que pretendem conferir o sentido único da proteção do consumidor contra práticas comerciais abusivas e podem ser “conduzidas” por alguns princípios que permitirão a percepção e compreensão do propósito uniforme das disposições.

Assim, mesmo que não seja possível, e nem se pretenda estabelecer um sistema que possa prever todos os casos em que sejam aplicados os dispositivos de

¹⁵² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 12.

¹⁵³ Ibidem. p. 18.

proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, tal sistema é concebido como programa da norma de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas e deve ser aplicado no âmbito da norma, diante do caso jurídico – concreto ou abstrato –, devendo resultar na proteção dos consumidores, conforme previsto no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República.

Para a elaboração do programa da norma, além do texto de lei, é necessário compor, em linguagem, a sua interpretação, que será gramatical, histórica e sistemática. A realização da interpretação sistemática das disposições é necessária porque permite, de forma transparente, conhecer a ordenação realizada e a unidade defendida para o regime de proteção do consumidor. Ela integra, juntamente com as interpretações literal e histórica, o programa da norma das práticas comerciais abusivas e permitirá o exame do âmbito normativo e o processo de concretização do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Juarez Freitas¹⁵⁴ (2002, p. 80), apresenta um conceito do que considera uma interpretação sistemática. Para ele:

A interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.

Reinhold Zippelius (2012)¹⁵⁵ entende que a interpretação sistemática é aquela realizada “a partir do contexto relacional em que as diferentes normas se encontram” e que elas não devem entrar em contradição lógica, nem contradição teleológica, “que não sirvam, portanto, para fins contraditórios”. Exige também que, no caso de unidade teleológica, os fins concorrentes “sejam pelo menos conciliados uns com os outros de maneira que se encontre entre eles um compromisso justo e o melhor possível”.

Para a elaboração do programa normativo do regime de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas serão consideradas as observações de Juarez Freitas e Reinhold Zippelius. O programa normativo será

¹⁵⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3.ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

¹⁵⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

composto da prescrição veiculada no texto de lei, acompanhado de sua interpretação, isto é, da interpretação da disposição examinada, mediante análise gramatical, histórica e sistemática. Na interpretação sistemática serão considerados os princípios jurídicos aplicáveis, as regras estabelecidas e os valores jurídicos que expressam. Serão evitadas contradições lógicas e teleológicas. Entretanto, cumpre mais uma vez esclarecer que o programa normativo não é um repertório dos possíveis casos a serem subsumidos pelo aplicador do direito. Ele representa uma etapa necessária para que, diante do caso jurídico, seja possível concretizar a norma de proteção ao consumidor.

Lenio Streck (2011)¹⁵⁶ aduz uma crítica ao tratamento doutrinário emprestado aos métodos interpretativos. Diz ele, citando Warat: “os métodos de interpretação podem ser considerados o álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do direito”. Mais adiante, elenca como crenças: (i) a representação imaginária sobre o papel do Direito na sociedade; (ii) ocultar as relações entre a jurisprudência e os problemas existentes; (iii) “apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico”; e (iv) emprestar legitimidade “a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas”.

Não é o propósito deste trabalho o exame das várias teorias da hermenêutica do direito. Pretende-se, apenas, utilizar um modelo que permita, coerentemente, elaborar o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Considera-se que existe diferença entre texto e norma; que o papel do direito é realizar os ditames do Estado Democrático e Constitucional de Direitos; que os valores utilizados para a decisão de casos jurídicos precisam ser extraídos e revelados para a sociedade; que não existe uma neutralidade na concretização das normas; sendo necessário que tais valores fiquem expressos e possam ser sindicáveis e controláveis pela sociedade e pelos Poderes do Estado.

Assim, conforme registrou Zippelius (2012, p. 365)¹⁵⁷, com o raciocínio sistemático é possível ordenar os diversos textos normativos para viabilizar a formação de um sistema “o mais possível transparente de normas e a tornar

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

¹⁵⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 365.

possível uma apresentação simples da ordem jurídica; tal serve para a certeza de orientação e, deste modo, para a segurança jurídica”.

Assim, nesta etapa final da elaboração do programa normativo das práticas comerciais abusivas, será examinado o conceito doutrinário nacional e estrangeiro das disposições dos artigos 39, 40 e 41 do Código de Defesa do Consumidor e a existência de disposições similares no direito comparado. Com isto, será possível concluir o programa normativo e realizar, na próxima etapa, o âmbito de aplicação e concretização do sistema de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Será uma interpretação sistemática, pois considerará os princípios que asseguram a unidade do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Do exame gramatical e histórico foi possível notar que a proteção do consumidor deu-se em razão de sua vulnerabilidade diante do mercado e das práticas comerciais. Ela é tão acentuada, que foi necessária a intervenção do Estado, mediante a edição de leis, para que fossem restaurados o equilíbrio e a proteção do consumidor. Na época, não se utilizava a nomenclatura consumidor, mas economia popular, e o sujeito era o cidadão.

Na interpretação gramatical, ficou bastante clara a necessidade de estabelecer limites para as partes que contratam e realizam relações jurídicas. No regime privado, considera-se que as partes realizam sua relação de forma equilibrada. No regime das relações jurídicas de consumo, consoante diretrizes das Nações Unidas para a defesa do consumidor, não se trata de uma relação entre iguais, mas entre uma parte vulnerável – consumidor – e outra que goza de uma posição de prevalência na relação – fornecedor. Assim, com muito mais razão, exigem-se medidas que procurem reestabelecer o equilíbrio e a harmonia da relação entre consumidores e fornecedores.

O exame da interpretação histórica permite compreender a necessidade de proteção desta vulnerabilidade e fica evidente que o consumidor não pode, por si só, reestabelecer o equilíbrio na relação com o fornecedor. Foi necessário editar leis para a proteção, inclusive no âmbito penal, do consumidor. O momento histórico – *occasio legis* –, exigiu a edição de leis que estabelecessem medidas de proteção da economia popular e assegurassem a intervenção no domínio econômico. Tratava-se de momento crítico no âmbito econômico e político e, mais tarde, da necessidade de

enfrentar o vertiginoso processo inflacionário. A *origo causae* da edição das leis de intervenção é a realização do equilíbrio nas relações de produção e consumo de produtos e serviços. Buscava-se a realização da equidade e da justiça, coibindo os excessos e os abusos praticados em detrimento do cidadão-consumidor.

Por isso, parece possível apontar, diante das disposições dos textos de leis, que há um conjunto de princípios que orientaram a instituição do regime de práticas comerciais abusivas – do abuso do direito. Conforme examinamos anteriormente, ainda que provisoriamente, torna-se possível conceituar a prática abusiva como sendo a conduta excessiva do fornecedor de produtos e serviços que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé que informa as relações jurídicas de consumo e é incompatível com a equidade, desproporcional na distribuição de obrigações do negócio celebrado, com desvio da função social e econômica de sua atividade.

A utilização de princípios para a realização da interpretação sistemática merece um esclarecimento. Seu propósito é reunir, de forma convergente e sintetizada, as mais diversas disposições que foram consideradas para a elaboração do programa normativo. É possível porque tais princípios apresentam uma estrutura condicional da relação “se-então” mais elástica, conforme preceitua Marcelo Neves (2014, p. 41)¹⁵⁸. São também mais “flexíveis e abertos” para a incorporação de valores. Eles possuem uma generalidade maior, uma amplitude conceitual e semântica que permite abrigar, de forma articulada e coerente, as disposições existentes. Sem a característica unificadora dos princípios, os valores presentes nos enunciados do texto de lei ficariam dispersos nas diversas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Embora fosse possível arranjá-los segundo o seu momento temporal (pré-contrato, contrato e pós-contrato) ou mesmo segundo suas prescrições (que proíbem, determinam ou autorizam certas condutas), os valores ficariam dispersos, e não expressariam a unidade do sistema de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

¹⁵⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2014. p. 41. “Os princípios, que se estruturam tipicamente mediante uma relação mais elástica entre “se” e “então”, ou seja, entre antecedente e conseqüente, tendem a envolver uma postura mais flexível e aberta em face da incorporação de valores; as regras, que se estruturam por uma conexão “se-então” menos elástica, tendem a implicar uma atitude mais estreita e menos aberta para com a incorporação de valores.

Os princípios não são os únicos portadores de valores no sistema jurídico e, em especial, no sistema de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. As regras também possuem e veiculam valores. Os princípios, entretanto, por possuírem uma amplitude maior, permitem que sejam neles contidos os valores previstos nas regras e, com isto, ensejam uma expressão mais uniforme de valores, o que representa a unidade do sistema. Os princípios permitem apresentar uma unidade de valor para a elaboração do programa normativo.

Importante registrar que os princípios, para fins deste trabalho, não serão considerados como mandados de otimização, preconizados por Robert Alexy¹⁵⁹. Não serão utilizados como mecanismos de abertura, que permitiriam a aplicação do direito como silogismo entre a norma e o caso concreto, nas situações em que houver indeterminação semântica do texto normativo. Como foi possível sustentar, não há que se confundir texto e norma. E, neste caso, o princípio não será utilizado como instrumento para sustentar a aplicação de uma regra ao caso concreto como fundamento e justificativa para a decisão do intérprete do direito, seja ele institucionalmente investido – a autoridade julgadora, judicial ou administrativa, ou mesmo em exercícios acadêmicos, que utilizam casos concretos para a realização da norma.

O princípio será considerado um elemento importante porque expressa unidade diante da diversidade de elementos e condutas a serem analisados. Eles serão fundamentais para estruturação do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Uma dimensão importante e que auxilia na exemplificação do que se pretende está no desenvolvimento da noção de microssistema. Apesar de ser integrada por disposições de texto de normas de vários ramos do direito, a unidade do Código de Defesa do Consumidor pode também ser aferida quando se examina a sua composição como microssistema das relações de consumo, pois na concepção de Nelson Nery Júnior¹⁶⁰ (2004, p. 226):

As relações de consumo são por demais complexas exigindo interação interdisciplinar de normas de direito material (constitucional, civil, comercial, econômico, administrativo e penal) e de direito processual (civil,

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

¹⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 18, 2004. p. 221.

administrativo e penal) para que seu ciclo de formação seja encerrado dentro do já referido microsistema jurídico ao qual pertence.

Por ser assim, o Código de Defesa do Consumidor é também considerado uma lei de natureza *principiológica*, isto é, segundo Nelson Nery Júnior¹⁶¹ (2004, p. 222): “Estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação de consumo deve submeter-se à principiologia do CDC”.

Para concluir este capítulo, serão examinados os conceitos e a aplicação das disposições do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas pelos doutrinadores nacionais e, quando possível e estiverem ao alcance deste trabalho, pelos doutrinadores estrangeiros. Do mesmo modo, será examinado o direito positivo de outros países, especialmente os textos de norma que prescrevem proibições a determinadas condutas consideradas abusivas, e assim procuram proteger o consumidor. Para a composição do programa normativo, serão examinadas algumas disposições veiculadas em leis e regulamentos da União Europeia, dos Estados Unidos da América do Norte, além de países latino-americanos.

3.4 O conceito de práticas comerciais abusivas nas relações jurídicas de consumo

As práticas comerciais abusivas, conforme examinado, foram delimitadas pelos artigos 39, 40 e 41 do Código de Defesa do Consumidor. Para que o sistema possa existir é necessário ordem e unidade. Só assim será possível “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica¹⁶⁹”. A ordem interna exige harmonia entre as diversas disposições selecionadas e também que elas possuam uma relação de pertinência com a realidade. Pretende-se, com a ordenação, uma adequação valorativa das disposições articuladas, de modo que estes valores possam ser considerados no momento da concretização da norma. O propósito final da ordem interna é o exame da adequação valorativa e, portanto, da realização do próprio princípio da igualdade, uma vez que será possível avaliar

¹⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 18, 2004. p. 222.

¹⁶⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 23.

se o tratamento dos iguais e dos desiguais ocorre na exata medida de sua igualdade ou desigualdade. Evita-se, com isto, a dispersão em “múltiplos valores singulares desconexos, antes se deixando reconduzir a critérios gerais relativamente pouco numerosos”¹⁷⁰. A partir da ordem interna, que apresenta os valores existentes e sua necessidade de adequação, será possível considerar a unidade do sistema¹⁷¹. Tal unidade pode, conforme assinalado anteriormente, ser considerada pela representação de alguns princípios que expressam e apresentam as regras existentes.

Entretanto, a ordem e a unidade necessárias para a interpretação sistemática não podem ser retiradas a partir do senso comum ou da percepção. É importante que o sentido da linguagem utilizado tenha sido apreendido mediante método que permita notar, com alguma clareza e transparência, as condições que foram consideradas para a sua compreensão. Por isso, o exame da doutrina exerce um papel fundamental na ordenação e apresentação da unidade do pensamento sistêmico do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. É necessário sistematizar a realidade percebida ou tratada cientificamente pelos pesquisadores e doutrinadores, mediante método reconhecido pela ciência do direito. É conhecer em linguagem o que se considera prática comercial abusiva nas suas diversas modalidades elencadas pelo texto normativo de proteção do consumidor.

De forma preliminar, conceituamos a prática comercial abusiva como a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé que informa as relações jurídicas de consumo, e é incompatível com a equidade, desproporcional na distribuição de obrigações do negócio celebrado, com desvio da função social e econômica de sua atividade.

¹⁷⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 21.

¹⁷¹ Ibidem. p. 21. Para Canaris, “A conexão entre a ideia da adequação e sobretudo a da unidade do Direito e o sistema é muitas vezes salientada, ainda que, com frequência, de modo incidental”.

Para Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁷² (2011, p. 375), prática abusiva, em sentido lato: “É a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”. O citado autor acolhe expressamente a conceituação de Gabriel A. Stiglitz¹⁷³ (1990, p. 81), para quem as práticas comerciais abusivas são condições irregulares de negociações que ofendem a ordem jurídica, seja por violação da boa-fé, da ordem pública e dos bons costumes.

É possível constatar que os elementos conceituais apresentados pelo citado autor estão contemplados no conceito preliminarmente construído no programa normativo do texto de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Embora não esteja elencada de modo expreso, a vulnerabilidade do consumidor está compreendida no conceito veiculado, pois é a partir da posição de fraqueza e vulnerabilidade do consumidor que se realizam negociações irregulares que ofendem a boa-fé e, portanto, a ordem pública, como princípio e limite expreso no artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor.

Em outras palavras, no conceito apresentado pelo autor, há uma similaridade com o que utilizamos, ainda que a título preliminar, para ilustrar e construir o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Não há o reconhecimento expreso da vulnerabilidade do consumidor, mas esta pode ser compreendida dentro da concepção de ordem pública, veiculada pelo autor. Aqui, note-se, o excesso, o abuso, consistem em realizar negociações irregulares que ofendem o que o autor denomina “ordem jurídica”.

É importante examinar o conceito utilizado pelo autor porque ele não traz expressamente o sentido da vulnerabilidade, o que sempre esteve presente na análise histórica – na interpretação histórica, na qual se analisou as leis editadas anteriormente. A medida do abuso e do excesso ocorria exatamente porque uma parte não podia exercer sua proteção e defesa de forma eficiente. A outra parte, o fornecedor, detinha a posição de força que tornava vulnerável o consumidor. Sem o sentido de vulnerabilidade, o abuso torna-se menos nítido ou claro. Por isso, no

¹⁷² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 374.

¹⁷³ STIGLITZ, Gabriel. A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 81.

conceito preliminar que utilizamos, há a menção expressa para a condição de vulnerabilidade (art. 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor) do consumidor. A vulnerabilidade é uma condição indissociável da construção do conceito da abusividade da conduta do fornecedor.

Para Ricardo Sayeg ¹⁷⁴ (1993, p. 42), a função social das práticas comerciais compreende a colocação de produtos e a prestação de serviços no mercado de consumo, “a disposição do consumidor, de sorte a satisfazer suas necessidades econômicas, o qual é a parte fraca da relação de consumo, devendo ser protegido de abusos do fornecedor”. Ou seja, a condição de vulnerabilidade do consumidor também é expressamente reconhecida como elemento necessário para a conceituação da prática comercial abusiva. Fica claro, na acepção do autor, que existe a liberdade de o fornecedor realizar suas atividades. Porém, ela possui limites, não sendo possível a conduta que “frustre sua função social, nem ofenda os interesses do consumidor, a qual, nestas duas hipóteses, será considerada abusiva, logo, repudiada pelo sistema jurídico¹⁷⁵”. Há uma delimitação – uma linha divisória – na expressão utilizada pelo autor, que é estabelecida pelo artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. Para ele, o princípio da compatibilidade nas relações de consumo exige das partes um dever de conciliar, “de modo a lograr a relação de consumo, que deve ser harmônica sem qualquer ofensa a boa-fé e desequilíbrio entre as partes¹⁷⁶”. Considera:

Nestas circunstâncias, como o consumidor é a parte vulnerável nas relações de consumo, o qual está facilmente propenso a sofrer abusos, parece que o legislador para não dar margem a dúvidas consagrou o princípio da coibição e repressão eficientes às práticas abusivas, como se vê no inc. VI do art. 4º do CDC.

Roberto Castellanos Pfeiffer¹⁷⁷ (2015, p. 219), elabora uma definição de prática comercial abusiva como sendo: “conduta desconforme a boa-fé, através da qual o fornecedor busca obter indevida vantagem, abusando da vulnerabilidade do consumidor”. Observa, ainda, que a conduta poderá ser realizada no momento pré-

¹⁷⁴ SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas Comerciais Abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, p. 35-58, jul./set. 1993.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 42

¹⁷⁶ SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas Comerciais Abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, p. 35-58, jul./set. 1993.

¹⁷⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 219.

contratual, contratual ou pós-contratual. Ademais, aduz que a conduta do fornecedor configura “um ato ilícito, e nulo de pleno direito, sujeitando-o às sanções e indenizações cabíveis”.

Bruno Miragem¹⁷⁸ (2013, p. 273) relaciona as práticas comerciais abusivas com o abuso de direito. Na essência de sua argumentação, está a ofensa da boa-fé como elemento estruturante do sistema de práticas abusivas, com a qual concordamos

Entretanto, é importante observar que não é apenas a boa-fé que foi violada. É necessário considerar, também, que a lesão ocorreu porque o consumidor é a parte fraca na relação contratual, que sua fraqueza decorre de vários fatores, e que, dentre estes, existe a parte contratante – o fornecedor – mais forte que ele. A sua vulnerabilidade é que proporciona o abuso, o excesso cometido pelo fornecedor. Se o consumidor fosse tão forte quanto o fornecedor, o abuso talvez não tivesse lugar nesta relação. A natural correlação de forças permitiria que o consumidor pudesse, autonomamente, proteger-se contra os abusos promovidos pelo fornecedor.

Por isso, a relação com a vulnerabilidade é importante na compreensão da abusividade nas relações de consumo. Ela é a causa que proporciona o abuso e submete o consumidor ao excesso do fornecedor. A boa-fé desempenha um papel também muito relevante. Ela é o limite que deveria ter sido observado pelo fornecedor. É o dever de respeito, lealdade exigível da conduta do fornecedor e que, se não observado, leva ao abuso, ao excesso diante do consumidor.

Assim, com fundamento nos princípios da vulnerabilidade e da boa-fé, é possível conferir ordem e unidade ao sistema de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Não como um *ante casum*, em que será extraída a aplicação para o caso concreto, mas, como elementos presentes no texto normativo que encerram um limite para a interpretação no processo de concretização da norma. Eles também auxiliarão na elaboração mínima do programa normativo, na medida em que emprestarão uma moldura para a acomodação – sistematização – dos conceitos que, veiculados pelo texto normativo, receberão a interpretação da doutrina e também do direito comparado.

¹⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 273.

No conceito de prática abusiva apresentado por Pfeiffer (2015, p. 219), o propósito de obter vantagem indevida merece destaque. Concordamos com o autor porque o objetivo do fornecedor ao realizar a conduta abusiva não seria prejudicar ou lesar o consumidor. Seu objetivo é o benefício próprio, de seu negócio, como regra geral. Do mesmo modo, com a inclusão do propósito de obter vantagem indevida, fica reforçado o conceito de desvio da função econômica e social do contrato, o que acaba por resultar numa obrigação desproporcional ao consumidor.

Embora seja possível construir um repertório de conceitos de práticas comerciais abusivas, por seus princípios e regras, em relação à linguagem, é importante recordar que o programa normativo é mínimo porque ele está vinculado à facticidade histórica, que traz na linguagem utilizada o seu significado e também o seu limite. Com o passar do tempo, é possível, e bastante provável, que alguns sentidos e significações alterem-se e, conseqüentemente, a própria compreensão das disposições veiculadas no texto da norma de proteção do consumidor.

3.5 As práticas comerciais abusivas no Mercosul

O exame do conceito de prática comercial abusiva no direito comparado enfrenta alguns desafios. Maria Helena Diniz¹⁷⁹ (2009, p. 225) esclarece que a ciência do direito comparado objetiva analisar as razões que levaram o direito a desenvolver-se de modo diferente em vários países, para que seja possível uniformizar e até orientar eventuais reformas nas leis. Dimitri Dimoulis¹⁸⁰ (2011, p. 55), no mesmo sentido, expressa que o objetivo é “encontrar estruturas comuns e diferenças, constatar as influências que um país recebeu de outros (e explicar o porquê), assim como formular propostas de reforma”, com fundamento da experiência dos outros países. Miguel Reale¹⁸¹ (2004, p. 309), registra que, o direito comparado procura “atingir as constantes jurídicas dos diferentes sistemas de Direito Positivo, a fim de esclarecer o Direito vigente e oferecer indicações úteis e fecundas ao Direito que está em elaboração”.

¹⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 225.

¹⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

¹⁸¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 309.

Não é objeto desta investigação o estudo de direito comparado em relação às práticas comerciais abusivas, mas apenas identificar as “constantes jurídicas” de diferentes sistemas para tornar claro e contribuir com a elaboração do programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Como existe um amplo conjunto de disposições no texto normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas - artigos 39, 40 e 41 do CDC, o estudo investigará os conceitos gerais que estruturaram o sistema de cada país para a proteção de seus consumidores contra as práticas comerciais abusivas, sem prejuízo de, posteriormente, no momento da definição do âmbito normativo e diante do caso jurídico, utilizarmos os conceitos do direito estrangeiro para auxiliar na interpretação do programa normativo ou mesmo do âmbito da norma em relação aos elementos não linguísticos, a ser concretizada diante do caso jurídico.

O objetivo deste trabalho não é instituir um repertório de casos para aplicação, mediante silogismo e subsunção do texto de lei ao caso concreto. Trata-se de realizar a interpretação do texto de lei, de forma sistemática, para apresentar os elementos que compõem o programa da norma. Com ele, objetiva-se realizar a concretização, no paradigma pós-positivista da teoria estruturante do direito.

A preocupação com o excesso e o abuso do direito nas relações de consumo pode ser encontrada em vários países do Mercosul, assim como, na União Europeia e nos Estados Unidos da América do Norte. Entretanto, na União Europeia, não se utiliza a expressão práticas comerciais abusivas, mas sim, práticas comerciais desleais (“*unfair*”). Também no caso dos Estados Unidos da América do Norte, a expressão utilizada era “práticas comerciais injustas”. Porém, com a edição da lei *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection*, na seção 1031, passou-se, no âmbito das relações de consumo, a ser utilizada a expressão “*abusive act or practices*”.

No âmbito do Mercosul, o texto de proteção ao consumidor da Argentina, a Lei 24.240, de 22 de setembro de 1993, não prevê um capítulo próprio para proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Existe apenas uma

disposição que faz referência à prática abusiva, sem que um conceito seja veiculado ou previsto.

Deste modo, no seu artigo 8º bis ¹⁸², encontramos a previsão de tratamento digno e de condutas que possam ensejar práticas abusivas. Dividido em duas partes, o artigo trata, na primeira sobre a obrigação de atendimento, tratamento digno e equitativo aos consumidores e usuários. Na segunda parte, estão as práticas abusivas, que compreendem: 1) o dever de não colocar os consumidores em situações vergonhosas, vexatórias ou que os intimide; 2) a prática de diferenciação de preços, de qualidade técnica ou comercial, ou ainda qualquer outra diferenciação relevante sobre os produtos ou serviços quando a contratação ocorrer com consumidores estrangeiros; e 3) no caso de cobranças extrajudiciais, a proibição de utilizar qualquer meio que sugira ao consumidor que se trata de uma medida judicial.

Todas as condutas previstas no artigo comentado, quando caracterizadas, ficam sujeitas às sanções previstas na lei de proteção, sem prejuízo de eventuais ressarcimentos ao consumidor.

As condutas de prática de diferenciação de preços em desfavor do consumidor estrangeiro e a cobrança por meio que simule ou sugira ao consumidor tratar-se de uma medida judicial não encontram paralelo no texto de lei de proteção ao consumidor do Brasil. São situações que caracterizam um excesso cometido pelo fornecedor, e podem integrar o programa normativo de proteção ao consumidor quando se examina o artigo 39, *caput* ou seu inciso V, da lei brasileira de proteção ao consumidor.

¹⁸² ARGENTINA. Ley 24.240, Ley de defensa del consumidor. Argentina. ARTICULO 8º bis: Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor. (Artículo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

Tais disposições não seriam consideradas como fonte legislativa, vez que não há tratado internacional que autorize sua internalização. Mas, em linguagem, contribuem para a compreensão – interpretação – do que seria considerado abusivo, excessivo na relação jurídica de consumo. Ambas as condutas são ofensivas ao regime da boa-fé previsto no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Do mesmo modo, prevalecem da vulnerabilidade do consumidor para impor sua conduta ou pretensão na relação. No caso do consumidor estrangeiro, fica evidente que o fornecedor pode prevalecer-se de sua condição de vulnerabilidade para impor o preço ou qualidade do produto ou serviço de forma diferenciada. Do mesmo modo, a simulação da cobrança como medida judicial prevalece do desconhecimento do consumidor – de sua vulnerabilidade para obter o pagamento dos valores devidos. A “constante jurídica” pode ser a mesma – proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas – e, por isso, o estudo do direito comparado é tão importante, uma vez que contribui para a elaboração do programa normativo. Não se pretende, como destacado amplamente, elaborar um *ante casum* para aplicação silogística do texto de lei ao caso concreto.

No caso da lei de proteção ao consumidor do Paraguai, Lei n. 1334, de 27 de outubro de 1998, do mesmo modo das leis argentina e brasileira, não é veiculado um conceito legal do que seja prática comercial abusiva. Isto não significa, entretanto, que não se reconheça o direito de proteção.

Há duas importantes disposições que protegem o consumidor paraguaio contra práticas comerciais abusivas, sendo a primeira, veiculada no artigo 6º, alínea “c”¹⁸³, que reconhece como direito básico do consumidor a adequada proteção contra os métodos comerciais coercitivos ou desleais. A expressão “abusiva” é utilizada apenas para as cláusulas contratuais. A outra disposição é veiculada no artigo 14¹⁸⁴, que dispõe sobre a proibição de: 1) condicionar a aquisição de produto

¹⁸³ PARAGUAY. Ley nº 1334 de Defensa del consumidor y usuario. Paraguay. Artículo 6º. - Constituyen derechos básicos del consumidor [...] c) la adecuada educación y divulgación sobre las características de los productos y servicios ofertados en el mercado, asegurando a los consumidores la libertad de decidir y la equidad en las contrataciones;

¹⁸⁴ PARAGUAY. Ley nº 1334 de Defensa del consumidor y usuario. Paraguay. Artículo 14º. Queda prohibido al proveedor: a) condicionar la adquisición de un producto o servicio a la de otro producto o servicio, excepto cuando por los usos o costumbres o la naturaleza del producto o servicio, éstos sean ofrecidos en conjunto; b) aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor para lograr el consumo de sus productos o servicios; c) hacer circular información que desprestige

ou serviço a outro produto ou serviço, salvo quando por usos e costumes ou pela natureza do produtos ou serviço eles sejam oferecidos em conjunto; 2) aproveitar a simplicidade ou ignorância do consumidor para conseguir o consumo de seus produtos ou serviços; 3) circular informação que desprestigie o consumidor, em razão de ações promovidas por eles, no exercício dos direitos previstos nesta lei; 4) deixar de estabelecer prazo para o cumprimento da sua obrigação, ou mesmo os prazos respectivos quando se trate de obrigações de cumprimento sucessivos; 5) enviar ou entregar ao consumidor qualquer produto ou serviço que não tenha sido solicitado; e 6) discriminar o consumidor por razões de sexo, idade, religião, raça ou condição econômica para o fornecimento de produto ou serviço ofertado ao público.

No caso da lei de proteção ao consumidor paraguaia, é possível notar uma grande similaridade com as previsões existentes no Código de Defesa do Consumidor do Brasil. Reafirma-se a “constância jurídica” do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

No Uruguai, a lei de proteção ao consumidor, Lei n. 17.250, de 11 de agosto de 2000, assim como no Brasil, Argentina e Paraguai, não veicula um conceito exposto do que seja a prática comercial abusiva. Prevê, como no caso da lei brasileira¹⁸⁵ e paraguaia, como direito básico a proteção contra métodos comerciais coercitivos e desleais (art. 6º, alínea “d”, da referida lei¹⁸⁶), e como no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, um capítulo específico para as práticas comerciais abusivas (Capítulo VII – Das práticas abusivas na oferta, art. 22¹⁸⁷, da lei uruguaia).

al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos establecidos en esta ley, d) dejar de señalar el plazo para el cumplimiento de su obligación, o los plazos respectivos cuando fueren de cumplimiento sucesivo; e) enviar o entregar al consumidor cualquier producto o proveer cualquier servicio que no haya sido previamente solicitado: y, f) discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general.

¹⁸⁵ No caso do Brasil há previsão expressa como direito básico a proteção contra práticas comerciais abusivas. “Art. 6º, IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”.

¹⁸⁶ URUGUAY. Lei nº 17.250 de Defensa del Consumidor. Uruguay. “Artículo 6 Son derechos básicos de consumidores: [...] D. La protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos dispuestos en la presente ley”.

¹⁸⁷ URUGUAY. Lei nº 17.250 de Defensa del Consumidor. Uruguay. “Artículo 22. Son consideradas prácticas abusivas, entre otras: A. Negar la provisión de productos o servicios al consumidor,

Importante assinalar que a lei de proteção ao consumidor uruguaia também adota um rol exemplificativo do que se pode considerar como prática comercial abusiva. No *caput* do artigo 22, da referida lei, como no artigo 39, *caput*, da lei brasileira – CDC –, há a expressão “entre outras”, o que indica claramente um rol *numerus apertus*. Duas disposições da lei uruguaia sobre práticas comerciais abusivas merecem destaque. A primeira disposição vem veiculada no art. 22, alínea “c” e trata da obrigação de fixação do prazo para o cumprimento da obrigação do fornecedor. A segunda disposição está prevista no mesmo artigo 22, alínea “e” da mesma lei de proteção ao consumidor.

No primeiro caso, a lei uruguaia considera prática comercial abusiva a fixação desproporcional do prazo para o cumprimento da obrigação. Diferente da lei de proteção ao consumidor brasileira, que, no art. 39, inciso XII, considera abusiva a não fixação do prazo, sem adentrar ao mérito do prazo. É interessante porque, no caso da lei uruguaia, o controle não faz apenas pelo dever de informação e fixação da obrigação, mas, adentra de forma substantiva no próprio contrato realizado entre o consumidor e o fornecedor. É possível, no caso brasileiro, realizar o controle contratual abusivo, mediante as disposições do art. 51, especialmente, no inciso IV, que prevê a abusividade da cláusula contratual que estabeleça desvantagem exagerada ao consumidor. Entretanto, a proposta legislativa uruguaia estabelece de forma objetiva a possibilidade de controle da conduta do fornecedor, reconhecendo a necessidade expressa de limites para o exercício contratual em relação ao prazo das obrigações na relação de consumo.

No segundo caso, a previsão constante no artigo 22, alínea “e” da lei uruguaia de proteção ao consumidor considera prática abusiva incluir o consumidor

mientras exista disponibilidad de lo ofrecido según los usos y costumbres y la posibilidad de cumplir el servicio, excepto cuando se haya limitado la oferta y lo haya informado previamente al consumidor, sin perjuicio de la revocación que deberá ser difundida por los mismos medios empleados para hacerla conocer. B. Hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos. C. Fijar el plazo, o los plazos para el cumplimiento de las obligaciones de manera manifiestamente desproporcionada en perjuicio del consumidor. D. Enviar o entregar al consumidor, cualquier producto o proveer cualquier servicio, que no haya sido previamente solicitado. Los servicios prestados o los productos remitidos o entregados al consumidor, en esta hipótesis, no conllevan obligación de pago ni de devolución, equiparándose por lo tanto a las muestras gratis. Se aplicará en lo que corresponda, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 16 de la presente ley. E. Hacer aparecer al consumidor como proponente de la adquisición de bienes o servicios, cuando ello no corresponda. F. Condicionar el suministro de productos o servicios al suministro de otro producto o servicio, así como a límites cuantitativos, sin justa causa.

como proponente da aquisição de bens ou contratação de serviços sem que ele tenha realizado o negócio jurídico. Embora não exista disposição idêntica no regime de proteção ao consumidor, não resta dúvida acerca da prática abusiva realizada pelo fornecedor. Nota-se que a medida procura proteger a boa-fé e a lealdade nas contratações de consumo, mantendo-se a mesma constância jurídica do regime brasileiro de proteção contra as práticas comerciais abusivas. Apto, portanto, a integrar o programa normativo, como forma de interpretação de excesso realizado pelo fornecedor.

Cumprida ainda uma última observação sobre o capítulo de práticas comerciais abusivas do Uruguai. Na alínea “f” do artigo 22, encontraremos a previsão da proibição da venda casada e da proibição da imposição de limites quantitativos para venda de produtos ou contratação de serviços. Nota-se, entretanto, que tal disposição foi inserida apenas em 2013, mediante edição da Lei n. 19.149, de 24 de outubro. Bastante recente, portanto, a proibição da venda casada e da imposição de limites quantitativos, quando se compara com o regime brasileiro, que contempla, desde 1990, a vedação da conduta ao fornecedor.

O Peru editou recentemente sua lei de proteção ao consumidor. No dia 14 de agosto de 2010. Diferente dos demais países do Mercosul, isto é, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, a lei peruana apresenta uma definição de prática comercial abusiva. Houve também o reconhecimento, assim como no Brasil, Paraguai e Uruguai, do direito básico do consumidor à proteção de seus interesses econômicos e, em particular, da proteção contra métodos comerciais coercitivos ou qualquer outra prática similar¹⁸⁸.

Outra inovação, nitidamente inspirada na Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, é a figura do método comercial desleal previsto no Código de Defesa do Consumidor peruano. A Diretiva Europeia disciplina o regime da prática comercial desleal, dividindo-a em prática comercial enganosa (art. 5º, 4, “a”) e prática comercial agressiva (art. 5º, 4, “b”). Com algumas adaptações realizadas, encontra-

¹⁸⁸ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Perú. “Artículo 1.- Derechos de los consumidores. 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: [...] c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios”.

se no texto da lei de proteção peruano dois tipos de métodos comerciais desleais: os métodos comerciais coercitivos¹⁸⁹ (Capítulo I, artigos 56 e 57) e os métodos comerciais agressivos ou enganosos (Capítulo II, artigo 58).

Para a lei peruana de proteção ao consumidor, a prática abusiva é uma forma de método comercial coercitivo. Ela está prevista no capítulo I, nos denominados métodos comerciais coercitivos. Seu conceito, nos termos do artigo 57¹⁹⁰ do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, complementa o rol do artigo 56, e estabelece diretrizes gerais para aplicação em outros casos.

O exame específico do art. 57, da lei peruana de proteção ao consumidor permite compreender que se trata de uma cláusula geral de proteção contra métodos comerciais desleais. Consideramos cláusula geral segundo o conceito

¹⁸⁹ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Perú. Artículo 56.- Métodos comerciales coercitivos. 56.1 De manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden: **a.** En los contratos de duración continuada o de tracto sucesivo, condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios. La oferta de productos o servicios no complementarios debe garantizar que puedan ofrecerse por separado. **b.** Obligar al consumidor a asumir prestaciones que no ha pactado o a efectuar pagos por productos o servicios que no han sido requeridos previamente. En ningún caso puede interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo haya autorizado previamente de manera expresa. **c.** Modificar, sin el consentimiento expreso del consumidor, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio, inclusive si el proveedor considera que la modificación podría ser beneficiosa para el consumidor. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que él así lo haya autorizado expresamente y con anterioridad. **d.** Completar formularios, formatos, títulos valores y otros documentos emitidos incompletos por el consumidor, de manera distinta a la que fue expresamente acordada al momento de su suscripción. **e.** Establecer limitaciones injustificadas o no razonables al derecho del consumidor a poner fin a un contrato cuando legal o contractualmente se le haya reconocido ese derecho, o a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados en la celebración de los contratos para desvincularse de estos. **f.** Tomar ventaja indebida en las relaciones contractuales de duración continuada o de tracto sucesivo, en aquellas situaciones en las que el cambio de un proveedor resulta significativamente costoso para el consumidor. **g.** Exigir al consumidor la presentación de documentación innecesaria para la prestación del servicio que contrate o la entrega del producto adquirido, pudiendo, en todo caso, exigirse solo la documentación necesaria, razonable y pertinente de acuerdo con la etapa en la que se encuentre la prestación del producto o ejecución del servicio. 56.2 Se sujetan a estas limitaciones todas las ofertas de productos o servicios, sean estas efectuadas dentro o fuera de establecimientos comerciales o mediante métodos de contratación a distancia, cualquiera sea el medio de comunicación empleado para ello.

¹⁹⁰ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Perú. “Artículo 57.- Prácticas abusivas. También son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar”.

elaborado por Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2015). Para os autores:

As cláusulas gerais são, portanto, normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, a quem é conferida permissão de preenchimento das lacunas com os valores que entender convenientes, para que, assim, seja dada a solução mais justa para aquele determinado caso concreto.

A dinâmica do mercado de consumo é vertiginosa e novos produtos e serviços são lançados de forma rotineira, inovando de forma estrutural o modelo de negócios. A regulação estrita e rígida do texto de lei poderia tornar obsoleta a proteção do consumidor. Por isso, compreende-se a utilização de mecanismos que assegurem a proteção do consumidor, tal como a instituição de cláusulas gerais.

O texto de lei peruano conceitua a prática abusiva como a conduta que, aproveitando-se da situação de desvantagem do consumidor, decorrente das circunstâncias particulares da relação de consumo, impõe condições excessivamente onerosa ou que não sejam previsíveis no momento de contratar. Na redação fica claro que o rol das práticas abusivas é exemplificativo, pois reconhece, de forma expressa, a existência de outras condutas: “Artículo 57. Prácticas abusivas. También son métodos abusivos [...]”. Não resta dúvida de que existem outros comportamentos e práticas comerciais abusivas, e não apenas aquelas compreendidas no conceito apresentado.

A redação do texto de lei de proteção peruano é interessante porque ele declara expressamente que a prática comercial abusiva aproveita-se da situação de desvantagem do consumidor, isto é, de sua condição de vulnerabilidade no mercado de consumo. Do mesmo modo, a ideia de abuso decorre do exercício excessivo do direito existente, atingindo a esfera dos direitos do outro, no caso, o consumidor. Na parte final do conceito veiculado pelo texto de lei peruano, é apresentado outro elemento, além da imposição de condições excessivamente onerosas, que é a imprevisibilidade da condição no momento em que o consumidor realiza a contratação. Implica dizer que a abusividade não decorre apenas da imposição de condição excessivamente onerosa, mas também, da imprevisibilidade, isto é, do elemento surpresa na contratação de consumo.

É possível notar que estruturam o conceito de prática comercial abusiva, os princípios da vulnerabilidade como condição para que ocorra o abuso; a boa-fé, especialmente quando é proibida a imprevisibilidade da condição no momento da contratação; e a proporcionalidade, quando impede o estabelecimento de condições excessivamente onerosas. É necessário registrar que a análise dos princípios é importante porque permite elaborar o programa normativo de proteção do consumidor, mais especificamente, para interpretar o sentido de abuso sintetizado em alguns princípios para assegurar a unidade do regime de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Trata-se da sistematização do regime, e não apresenta como propósito a indicação dos princípios de proteção contra as práticas abusivas para serem utilizados como mandatos de otimização e realização da subsunção do texto de lei ao caso concreto.

No Código de Defesa do Consumidor do Peru é possível examinar também o conceito de métodos comerciais agressivos e enganosos. É diferente em relação às demais legislações do Mercosul porque apresenta, de forma conceitual, o significado do que sejam métodos comerciais agressivos¹⁹¹, além de estabelecer um rol exemplificativo das condutas proibidas no mercado de consumo peruano.

Podem ser considerados métodos comerciais agressivos, no regime peruano de proteção ao consumidor, a alteração da informação originalmente

¹⁹¹ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Perú. "Artículo 58. Definición y alcances. 58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo. En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen: a. Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (i) tal beneficio no existe, o (ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto. b. El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor. c. El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor. d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades. e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas. f. En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.

concedida ao consumidor no momento da celebração da contratação (Art. 58, b), a alteração das condições de serviços (Art. 58, c), ambas sem o consentimento expresso e informado do consumidor; a visita pessoal no domicílio do consumidor ou realizar ofertas não solicitadas por telefone, fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio, de forma persistente e impertinente, ignorando o pedido do consumidor para cessar este tipo de atividade (Art. 58, d); utilizar centro de chamadas telefônicas, envio de mensagens de texto aos telefones celulares ou mensagens eletrônicas massivas para promover produtos, serviços (Art. 58, e); e como cláusula geral, toda prática que implique dolo, violência ou intimidação para afastar ou mitigar a vontade de contratar ou afetar o consentimento do consumidor (Art. 58, f).

Consta também a proibição do fornecedor de criar a impressão de que o consumidor tenha ganhado, ou ganhará, ou conseguirá um prêmio ou qualquer outra vantagem equivalente, se realizar determinado ato, quando na realidade o benefício não existe ou a realização da ação pelo consumidor implica na realização de um pagamento (Art. 58, a, do Código de Defesa do Consumidor peruano). Neste caso, entendemos que a conduta expressa mais uma circunstância enganosa do que propriamente agressiva. Entretanto, não resta dúvida de que a conduta enganosa é agressiva ao consumidor.

As condutas relacionadas como métodos comerciais agressivos e enganosos no texto de lei de proteção ao consumidor peruano são similares aos enunciados no Anexo I da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005. Elas representam graves violações ao princípio da boa-fé, equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato. Deste modo, podem auxiliar na elaboração do programa normativo da prática comercial abusiva do regime brasileiro de proteção ao consumidor. Não é possível afirmar que se tratam de norma, ou, tampouco, considerar que são tipos que integram as normas abertas das práticas comerciais abusivas do artigo 39 do CDC. São conceitos e circunstâncias que contribuem para a interpretação do que seja a prática comercial abusiva nas relações de consumo e, neste sentido, integram o programa normativo de proteção ao consumidor.

Assim, o regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no Mercosul apresenta variações na maneira de regular os limites dos

direitos subjetivos dos fornecedores, mas é possível afirmar que, em todos os países, há uma preocupação com a vulnerabilidade do consumidor e com a necessidade da intervenção da lei para a sua proteção.

É também importante notar que, na maioria dos países, houve a opção de não definir no texto de lei o conceito de práticas comerciais abusivas, exceção apenas ao Código de Defesa do Consumidor do Peru.

Do mesmo modo, é relevante registrar que cada país procurou disciplinar determinadas condutas segundo suas circunstâncias culturais, sociais e econômicas. Porém, é possível constatar que, apesar da variação dos tipos previstos, nenhum país tratou de exaurir os tipos abusivos, e todas as disciplinas legais optaram por elaborar tipos abertos ou um rol exemplificativo das condutas abusivas.

Na perspectiva principiológica das práticas comerciais abusivas, parece-nos possível afirmar que há uma unidade no Mercosul em relação aos princípios que informam a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Nota-se que as condutas consideradas práticas abusivas violam o princípio da boa-fé, equidade, proporcionalidade, função social do contrato e finalidade econômica da contratação. Há uma unidade, uma constância jurídica no âmbito da principiológica de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no Mercosul.

3.6 As práticas comerciais abusivas na União Europeia

A União Europeia adota uma nomenclatura e uma estrutura diferentes para o tratamento das práticas comerciais abusivas daquelas existentes no Brasil e no Mercosul.

A Diretiva 2005/29/CE trata das práticas comerciais desleais das empresas na sua relação com os consumidores no mercado europeu. Ela teve início no de 2001, quando a Comissão Europeia publicou um *Green Paper* sobre proteção ao consumidor e elaborou um amplo estudo sobre as leis nacionais de defesa do consumidor que seriam relevantes para a regulação das práticas de mercado.

Segundo Stephen Weatherill e Ulf Bernitz¹⁹² (2007, p. 4), a partir do trabalho realizado sobre as leis de proteção ao consumidor que seriam necessárias para regular o mercado, no ano de 2002, verificou-se um forte apoio para a adoção de uma Diretiva e, em junho de 2003, foi publicada a minuta de Diretiva que trataria do assunto. Em maio de 2004, o Conselho chegou a um consenso sobre a Diretiva e, em novembro do mesmo ano, foi alcançada uma posição comum que resultou, em maio de 2005, na Diretiva 2005/29 EC, quando então ela foi definitivamente adotada pelo Parlamento e pelo Conselho da União Europeia.

Iain Ramsay¹⁹³ (2007, p. 267) explica que a regulação sobre práticas comerciais desleais no mercado consumidor é realizada mediante mecanismos de proteção da concorrência ou regulações de práticas comerciais. Aduz que o conceito de práticas comerciais desleais teve início nos casos de concorrência, em que havia prejuízos para os concorrentes e também para o consumidor. O interesse do mercado em combater tais práticas motivou a elaboração de políticas públicas para endereçar o problema. No entanto, ficava evidente que, nem sempre, o interesse do mercado seria coincidente com o interesse do consumidor. Por isso, fez-se necessário o desenvolvimento da proteção do consumidor contra as práticas desleais.

Além disso, identifica quatros tipos de imperfeições do mercado que podem levar a práticas comerciais desleais: falhas na informação ao consumidor; comportamento do consumidor; problemas de estrutura do mercado; e alto custo de implementação do direito para o consumidor.

De certo modo, as imperfeições do mercado que podem ensejar a práticas comerciais desleais foram endereçadas na Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005, que disciplina, no âmbito da União Europeia, o regime das práticas comerciais desleais.

No artigo 5º da Diretiva Contra Práticas Comerciais Desleais, proíbe-se de forma expressa as práticas comerciais desleais. Trata-se de uma cláusula geral.

¹⁹² WEATHERILL, Stephen; BERNITZ, Ulf. *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007. p 4.

¹⁹³ RAMSAY, Iain. *Consumer Law and Policy*. 2. ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 267 e ss.

Segundo Giuseppe Abbamonte¹⁹⁴ (2007, p. 20), *verbis*: “*The general prohibition has an autonomous regulatory function in the sense that a practice which is neither misleading nor aggressive can still be capture by the general prohibition if it meets its criteria*”.

Assim, como um critério geral, veiculado como cláusula geral, no item 2, define-se como prática comercial desleal¹⁹⁵ a conduta que:

- a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional; e
- b) Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

A estrutura da Diretiva Europeia comentada, com relação às práticas comerciais desleais, está dividida em práticas enganosas, definidas nos artigos 6º e 7º, e práticas agressivas, definidas nos artigos 8º e 9º. Há ainda, no anexo I da referida disposição, uma lista das práticas comerciais que são consideradas desleais, *per se*.

No caso brasileiro, o regime da enganabilidade é estabelecido pelo sistema de responsabilidade por vício do produto ou serviços (artigos 18, 19 e 20), pelo regime da oferta nas relações de consumo, que estabelece a vinculação da oferta do fornecedor (artigo 30) e ainda, há o dever geral de informação que exige, entre outras, a correção da informação (artigo 31). Se a atividade do fornecedor compreender uma oferta ou publicidade, o regime jurídico da fundamentação da mensagem publicitária (artigo 36, parágrafo único) e da obrigação da veracidade e não enganabilidade da publicidade (artigo 37) estabelecem limites ao exercício de direitos do fornecedor e, no caso de descumprimentos, sujeitam-se às sanções previstas (artigo 56) no próprio Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹⁴ ABBAMONTE, Giuseppe. The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition. In: S WEATHERILL, Stephen; BERNITZ, Ulf. *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*. Oxford and Portland: Oregon, Hart Publishing, 2007.

¹⁹⁵ UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva 2005/29/CE, 11 de maio de 2005*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:ES:PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

Por isso, a análise das disposições da Diretiva Europeia das práticas comerciais desleais recairá sobre as denominadas práticas agressivas, previstas nos artigos 8º e 9º, do referido texto de lei comunitário.

Considera-se prática comercial agressiva, nos termos do artigo 8º, da Diretiva Contra Práticas Comerciais Desleais¹⁹⁶:

Uma prática comercial é considerada agressiva se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.

No artigo 9º da mesma Diretiva, é elencada uma série de elementos para auxiliar a determinar se a prática comercial utilizou o assédio, a coacção ou a influência indevida. São eles:

- a) O momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência;
- b) O recurso à ameaça ou à linguagem ou comportamento injuriosos;
- c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto;
- d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional;
- e) Qualquer ameaça de intentar uma acção quando tal não seja legalmente possível.

A previsão do artigo 8º da Diretiva, não possui uma disposição similar no Código de Defesa do Consumidor do Brasil. No caso nacional, existe uma protecção da dignidade do consumidor (artigo 4º, *caput*), a proibição de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social para impingir produtos e serviços (artigo 39, inciso

¹⁹⁶ UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva 2005/29/CE, 11 de maio de 2005*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:ES:PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

V) e a proibição de cobrança de débitos que exponha o consumidor a ridículo, constrangimento ou ameaça (artigo 42).

O conceito de prática comercial agressiva é muito importante, porque contribui com a elaboração do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Os elementos da prática comercial agressiva são: o assédio, a coação, inclusive com recurso à força física, ou qualquer outra forma de influência indevida, que comprometa a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio, levando-o a tomar uma decisão que pode prejudicar ou resultar num prejuízo.

O assédio de consumo é objeto da proposta de atualização¹⁹⁷ do Código de Defesa do Consumidor (PLS 283/2012) e expressa a preocupação do legislador nas contratações de crédito. Para Claudia Lima Marques¹⁹⁸ (2014), o processo de atualização do CDC considerou a figura europeia do assédio de consumo, que pode ser compreendida como a ação do fornecedor de “pressionar fortemente pessoas idosas, ou por telefone, para contratar a distância ou fora do estabelecimento comercial, ou com ‘brindes gratuitos’, pretende que seja introduzida no Brasil”. A autora informa também que a “jurisprudência tem identificado que mesmo tal envio de ‘produtos gratuitos’ pode ser além de prática abusiva, um assédio de consumo aos idosos, cabendo dano moral além da gratuidade”.

O assédio de consumo pode ser considerado, para fins de elaboração do programa normativo, uma prática comercial abusiva. Há elementos no texto da lei de proteção ao consumidor que permitem considerar o assédio de consumo na elaboração do programa normativo das práticas comerciais abusivas. No exame do art. 39, *caput*, da lei de proteção ao consumidor foi verificado tratar-se de um tipo

¹⁹⁷ Projeto de Lei do Senado nº 283/2012, aprovado e publicado no dia 29 de outubro de 2015. O assédio de consumo é encontrado em dois momentos do PLS. No primeiro, previsto no art. 6º, inciso XII, *verbis*: “Art. 6º [...] XII – a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo;”. Na redação do art. 54-C, inciso IV, do PLS, pode-se encontrar a figura do assédio de consumo. “Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: [...] IV – assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive a distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;”.

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book baseada na 7.ed.

aberto, pois comporta a existência de outras práticas abusivas. Foi também examinado que outras leis, tais como, a lei de proteção da economia popular (Lei n. 1521/51) e a lei de intervenção no mercado (Lei Delegada n. 4/62), apresentam disposições que não estão expressamente previstas no CDC e que também integram o programa normativo. Em linguagem, é possível compreender, para fins do programa normativo, que o assédio de consumo, isto é, a oferta persistente de produtos ou serviços para determinados consumidores, especialmente vulneráveis, pode representar um excesso e, portanto, um abuso. Com isto, a depender do caso jurídico, não se pode excluir a figura do assédio de consumo como uma forma de prática comercial abusiva.

A atualização do Código de Defesa do Consumidor é muito importante, pois tornaria expressa a figura do assédio de consumo, tanto como direito básico e voltado para as novas tecnologias, como também, nas contratações de crédito, com especial preocupação com consumidores com vulnerabilidade acentuada, conforme prescreve o artigo 39, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, aqueles que, em razão de sua idade, saúde, conhecimento ou condição social exigem uma proteção mais acentuada, para que seja realizado o princípio constitucional da igualdade.

A Diretiva Europeia vai além da figura do assédio de consumo e veicula também o conceito de influência indevida. No disposto no artigo 9º da mesma Diretiva, conforme visto anteriormente, são apresentados vários elementos que auxiliam na configuração da prática agressiva. Do mesmo modo, no anexo I da Diretiva, são elencadas várias condutas que são consideradas, *per se*, práticas comerciais agressivas. No caso do artigo 9º, bastante importante para o caso de assédio de consumo, a disposição da alínea “a” apresenta o momento e o local em que a prática é aplicada, a natureza da prática e a sua persistência. Neste caso, a persistência é elemento chave para a caracterização do assédio, pois é a prática reiterada que pode estabelecer o limite do que seria admissível e do que transbordaria a razoabilidade e acabaria por configurar o abuso do direito e a necessidade de concretização do texto de lei de proteção contra as práticas comerciais abusivas. Do mesmo modo, a alínea “c” expressa a circunstância do consumidor, que em razão de qualquer infortúnio ou circunstância específica de

gravidade, exige do fornecedor, num mercado de massas e anônimo, um cuidado especial na oferta e contratação de seus produtos e serviços.

Há também um outro elemento que nos afigura relevante para a composição do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Na Diretiva Europeia tratada, a alínea “d”, do comentado artigo 9º, apresenta elementos que contribuem para a caracterização da desproporcionalidade nos contratos de consumo. Considera o texto da Diretiva que, “qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcional” imposto pelo fornecedor, “quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional”, caracterizam a prática comercial agressiva.

A Diretiva Europeia, neste particular, foi bastante feliz e contribui de forma expressiva para a composição do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Embora não seja o momento de tratar os casos jurídicos, é importante registrar que casos relacionados ao atendimento telefônico aos consumidores, de serviços regulados ou não pelo Estado, em que há dificuldade ou impossibilidade de o consumidor resolver o contrato, merecem ser considerados como uma prática comercial agressiva e, portanto, abusiva. Os procedimentos exigidos para a troca de produtos com vícios (artigo 18, §§ 1º e 3º, do CDC), especialmente relacionados a produtos de alto valor, tais como veículos, do mesmo modo, precisam ser considerados à luz das práticas comerciais agressivas e, por isso, abusivas. Evidentemente, não se trata de subsunção do artigo 39, *caput*, do CDC, aos casos concretos relacionados, mas de consideração desses casos da Diretiva Europeia, que reconhece, em texto de lei, a existência de circunstâncias que representam excessos do fornecedor diante do consumidor. Excessos que são considerados formas de agressão, daí o regime da prática comercial agressiva. A consideração da existência de excessos permite-nos compreender, em linguagem, o sentido de abuso e, assim, interpretar o texto de lei que admite outros casos de práticas abusivas, formando o programa normativo e o âmbito da norma para a concretização diante do caso jurídico.

O anexo I da Diretiva Europeia contra as Práticas Comerciais Desleais apresenta uma série de condutas que são consideradas desleais em quaisquer

circunstâncias. Divide-se em práticas comerciais enganosas¹⁹⁹ (1 até 23) e práticas comerciais agressivas²⁰⁰ (24 até 31). Diante do extenso rol, interessa-nos analisar

¹⁹⁹ Directiva 2005/29/CE. Anexo I. Práticas comerciais enganosas. 1. Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando o profissional não o seja. 2. Exibir uma marca de confiança (trust mark), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária. 3. Afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade, quando tal não corresponda à verdade. 4. Afirmar que um profissional (incluindo as suas práticas comerciais) ou um produto foi aprovado, reconhecido ou autorizado por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, reconhecimento ou autorização. 5. Propor a aquisição de produtos a um determinado preço sem revelar a existência de quaisquer motivos razoáveis que o profissional possa ter para acreditar que não poderá, ele próprio, fornecer ou indicar outro profissional que forneça os produtos em questão ou produtos equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades que sejam razoáveis, tendo em conta o produto, o volume da publicidade feita ao mesmo e os preços indicados (publicidade-isco). 6. Propor a aquisição de produtos a um determinado preço, e posteriormente: a) Recusar apresentar aos consumidores o artigo publicitado; ou b) Recusar as encomendas relativas a este artigo ou a sua entrega num prazo razoável; ou c) Apresentar uma amostra defeituosa do produto; com a intenção de promover um produto diferente (isco e troca). 7. Declarar falsamente que o produto estará disponível apenas durante um período muito limitado ou que só estará disponível em condições especiais por um período muito limitado, a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida. 8. Comprometer-se a fornecer um serviço de assistência pós-venda aos consumidores com os quais o profissional tenha comunicado, antes da transacção, numa língua que não seja uma das línguas oficiais do Estado-Membro em que o profissional se encontra estabelecido, e posteriormente assegurar este serviço apenas noutra língua, sem ter anunciado de forma clara esta alteração ao consumidor antes de este se ter comprometido em relação à transacção. 9. Declarar que a venda de um produto é lícita ou transmitir essa impressão, quando tal não corresponda à verdade. 10. Apresentar direitos do consumidor previstos na lei como uma característica distintiva da oferta do profissional. 11. Utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um produto, tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção, sem que tal seja indicado claramente no conteúdo ou através de imagens ou sons que o consumidor possa identificar claramente (publi-reportagem). Esta disposição não prejudica a Directiva 89/552/CEE (1). 12. Fazer afirmações substancialmente inexatas relativas à natureza e amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o produto. 13. Promover um produto análogo ao produzido por um fabricante específico, de forma a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o produto provém desse mesmo fabricante. 14. Criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema, e não em vez da venda ou do consumo de produtos. 15. Alegar que o profissional está prestes a cessar a sua actividade ou a mudar de instalações quando tal não corresponde à verdade. 16. Alegar que os produtos podem aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de azar. 17. Alegar falsamente que um produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações. 18. Transmitir informações inexatas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o produto com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o produto em condições menos favoráveis que as condições normais de mercado. 19. Declarar numa prática comercial que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável. 19. Descrever um produto como «grátis», «gratuito», «sem encargos» ou equivalente se o consumidor tem que pagar mais do que o custo inevitável de responder à prática comercial e de ir buscar o produto ou pagar pela sua entrega. 20. Incluir no material de marketing uma factura ou um documento equiparado solicitando pagamento, que dá ao consumidor a impressão de já ter encomendado o produto comercializado quando tal não aconteceu. 21. Alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, ou apresentar-se falsamente como

apenas prescrições para ilustrar a possibilidade de sua consideração na elaboração do programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas. De certa forma, as condutas abusivas representam a expressão da própria força de inovação do mercado. Não é possível relacionar todos os casos em razão da complexidade do sistema de produção, distribuição e comercialização de produtos e prestação de serviços.

A tentativa europeia de elaborar uma lista das práticas comerciais desleais é louvável, pois ela procura estabelecer, de forma objetiva, que determinadas condutas devem ser combatidas pelos Estados-membros, para que resulte em maior confiança entre os consumidores. Geraint Howells²⁰¹ (2007, p. 107), realiza uma acentuada crítica ao anexo I da Diretiva Europeia. A existência de uma lista tão detalhada, com grande diversidade de casos, e a classificação entre práticas enganosas e agressivas nem sempre correspondem aos tipos descritos. Todavia, a maior crítica está no requisito para a classificação da prática comercial agressiva: que ocorra uma lesão ao exercício da liberdade de escolha do

consumidor. 22. Dar a impressão falsa de que o serviço pós-venda relativo ao produto está disponível noutra Estado-Membro distinto daquele em que o produto é vendido.

²⁰⁰ Directiva 2005/29/CE. Anexo I. Práticas comerciais agressivas. 24. Criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato. 25. Contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional. 26. Fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional. Esta disposição não prejudica o artigo 10º da Directiva 97/7/CE nem as Directivas 95/46/CE (1) e 2002/58/CE. 27. Obrigar um consumidor que pretenda solicitar uma indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro a apresentar documentos que, de acordo com um critério de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais. 28. Incluir num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados. Esta disposição não prejudica o artigo 16º da Directiva 89/552/CEE relativa ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva. 29. Exigir o pagamento imediato ou diferido ou a devolução ou a guarda de produtos fornecidos pelo profissional que o consumidor não tinha solicitado, excepto no caso de produtos de substituição fornecidos em conformidade com o nº 3 do artigo 7º da Directiva 97/7/CE (fornecimento não solicitado). 30. Informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o produto ou serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional. 31. Transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante um determinado acto, irá ganhar um prémio ou outra vantagem quando: não existe qualquer prémio nem vantagem, ou a prática de actos para reclamar o prémio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo.

²⁰¹ HOWELLS, Geraint. *A missed opportunity?: The Regulation of Unfair Commercial Practices under UC Directive 2005/29*. Oxford and Portland: Oregon. p 107.

consumidor. Para o autor, haverá situações em que o consumidor será assediado e, não necessariamente, haverá uma lesão à sua liberdade, pois ele pode resistir e não contratar o serviço. Neste caso, é importante o registro, ainda assim, a prática continuará sendo agressiva e abusiva.

O regime de proteção do consumidor contra a enganosidade é bastante estruturado no Código de Defesa do Consumidor, conforme comentários realizados anteriormente. Deste modo, o exame das condutas consideradas práticas enganosas não se encontra diretamente relacionado com o propósito deste trabalho. No entanto, conforme observação do Geraint Howells, nem toda conduta relacionada como prática enganosa corresponde à prática relacionada.

Assim, o item 6, do anexo I, da Diretiva trata da oferta de produto a um determinado preço e a recusa na entrega do produto, da recusa da própria contratação na entrega em prazo não razoável ou ainda, da entrega de uma amostra defeituosa para a promoção de um produto diferente. A conduta do fornecedor, nestes casos, representa uma prática comercial agressiva, com evidente violação da boa-fé, função social e econômica do contrato ao desrespeitar a equidade da relação. Embora tal conduta possa ser tratada no âmbito do regime da oferta, a compreensão pela União Europeia de que se trata de prática comercial desleal sugere que tal conduta também seja considerada para a elaboração do programa normativo das práticas comerciais abusivas.

No item 14 do referido anexo, considera-se prática desleal criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide “em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida de decorra essencialmente da entrada de outros”, ficando claro que os valores não decorrem da venda ou do consumo dos produtos. Embora tratado em texto de lei específico no caso do Brasil, é importante registrar que a ação de criar a técnica da pirâmide, além de exploração, é considerada uma prática comercial agressiva e atinge a figura daquele que elabora a estratégia do produto. Se a conduta já podia ser integrada ao programa normativo, não resta dúvida da importância de considerar-se tanto o texto da lei existente – artigo 2º, inciso IX, da Lei dos Crimes contra a Economia Popular –, quanto a previsão da Diretiva Europeia.

O rol das práticas comerciais agressivas elenca oito condutas que são consideradas, *per se*, como sendo abusivas. É bastante interessante a previsão constante no item 25, que considera, corretamente, como prática agressiva a visita em domicílio do consumidor para ofertar produtos ou mesmo serviços, quando há pedido dele para não ser importunado.

No item 26 está prevista a figura da oferta persistente e não solicitada ao consumidor mediante contatos telefônicos, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância, em que do mesmo modo, a Diretiva procura assegurar a privacidade do consumidor. O posicionamento da União Europeia merece destaque porque revela a existência de uma constância jurídica em relação aos contratos e ofertas eletrônicas que precisam encontrar um limite para o seu exercício. Se, de um lado, não chegam a interferir na liberdade de escolha do consumidor, de outro, sem dúvida, representam uma interferência em sua privacidade, que precisa encontrar limites. Por isso, não resta dúvida de que o envio de mensagens e os contatos telefônicos sem autorização do consumidor podem configurar uma prática agressiva e, portanto, precisam integrar o programa normativo das práticas comerciais abusivas, que diante do caso jurídico, pode resultar na concretização da norma de proteção ao consumidor, na existência de um limite para o direito subjetivo do fornecedor e assim, realizar a harmonia e o equilíbrio na sociedade.

Outra disposição que merece muita atenção está no item 28, que considera prática comercial agressiva “incluir num anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados”. A criança merece especial proteção em razão da sua natural e acentuada vulnerabilidade. Por isso, corretamente, atribui-se a proibição do anúncio que, dirigido às crianças, promova ou incentive a compra do produto ou a contratação do serviço. Assim, a prática agressiva prevista na União Europeia pode integrar o programa normativo de proteção ao consumidor contra a publicidade abusiva que, no regime brasileiro, diante do caso jurídico, poderá ser concretizada a norma de defesa do consumidor. Não se trata de prática comercial abusiva, mas de descumprimento do regime jurídico da publicidade.

No item 31 do texto da norma analisada, proíbe-se transmitir ao consumidor a impressão falsa de que ele ganhou ou vai ganhar um prêmio, caso ele participe de alguma ação ou realize determinado ato, quando não exista prêmio ou mesmo quando ele tiver que pagar ou suportar algum custo para auferir a oferta realizada. A integração da conduta ao programa normativo de proteção contra práticas comerciais abusivas é importante porque é usual encontrarmos, no mercado de consumo brasileiro, ofertas realizadas que, para atrair o consumidor, utilizam “brindes” gratuitos, mas que, ao final, revelam-se onerosos, porque implicam a assinatura de determinados serviços.

3.7 As práticas comerciais abusivas nos Estados Unidos da América do Norte

As leis de defesa do consumidor nos Estados Unidos da América do Norte emergiram²⁰² nos anos 60 e 70, tanto no nível estadual como federal. O conjunto normativo designado direito do consumidor compreende os textos de leis, as regulações, os casos judiciais e administrativos. Parte significativa das leis federais e estaduais editadas no período de seu surgimento continuam até hoje em vigor, com algumas atualizações exigidas pelas mudanças no mercado de consumo.

A proteção do consumidor contra os atos e práticas desleais impulsionaram a edição legislativa dos estados. Isto ocorreu porque o órgão regulador das relações de consumo e concorrência – FTC²⁰³ (*Federal Trade Commission*) recomendava a produção legislativa dos estados. A razão da política implementada pela FTC estava na compreensão da necessidade de participação dos estados na regulação dos atos e práticas desleais e da sociedade, mediante ações privadas, inclusive ações judiciais. Sem este envolvimento, a proteção do consumidor não teria efetividade. Neste sentido, Leaffer e Lipson²⁰⁴ (1980, p. 521),

²⁰² PRIDGEN, Dee; MARSH, Gene. A. *Consumer Protection Law*. 4. ed. St. Paulo: West Academic Publishing, 2016.

²⁰³ Vide NADEL, Mark V. *The politics of consumer protection*. Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971. p. 60. Verbis: “The Federal Trade Commission has a wide variety of statutory responsibilities revolving around its basic objective of maintaining ‘free competitive enterprise as the keystone of the American economic system’. However, traditionally the two major responsibilities of the commission are the enforcement of antitrust laws and the prevention of unfair and deceptive practices”.

²⁰⁴ LEAFFER, Marshall A.; LIPSON, Michael H. *Consumer Actions Against Unfair or Deceptive Acts or Practices: The Private uses of Federal Trade Commission Jurisprudence*. 48 *George Washington Law Review*, n. 521, 1979 -1980.

registram que as leis estaduais de Atos e Práticas Desleais e Enganosas, tiveram sua gênese nas várias formas de sugestão dadas aos estados pela FTC. Assim, encontraremos boa parte das disposições relacionadas à proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas na edição das leis estaduais norte-americanas, as denominadas UDAP – *Unfair and Deceptive Acts and Practices*.

A edição de leis de proteção ao consumidor vai retornar no âmbito federal apenas na década de 90. Nos anos 80 ficou famoso o processo de priorização do livre mercado e da significativa intervenção do Estado no mercado. Em 1991 foi editado a *Federal Telephone Consumer Protection Act (TCPA)*, que limitava as propostas aos consumidores mediante ligações telefônicas (telemarketing) e o uso de equipamentos telefônicos automatizados para a realização de chamadas. Em 1994 foi editado o *Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act (TCFAPA)* para o combate às práticas enganosas promovidas pelo telemarketing na comercialização de produtos e serviços. Ele foi a origem do popular registro do “*Do-not-call*”, para evitar chamadas telefônicas inoportunas de oferta de produtos e serviços ao consumidor.

No caso brasileiro, a edição da lei do “não perturbe” ocorreu quase uma década depois. Não houve a edição de uma lei federal, mas os estados debateram e editaram as suas leis para regulamentar o “do-not-call” e implementar o cadastro para bloqueio das ligações de telemarketing. Na região sul, os três estados possuem legislação e possuem o cadastro de registro para o não perturbe – Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Na região sudeste, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo e Rio de Janeiro, do mesmo modo, editaram suas leis e implementaram a medida. Na região centro-oeste, apenas Mato Grosso do Sul e Goiás promoveram a lei. Na região norte, os estados do Amazonas e Pará e na região nordeste, Alagoas e Bahia.

Nos estados que não editaram a denominada “lei do não perturbe” subsiste a dúvida se seria possível, mediante a aplicação da lei de proteção do consumidor, considerar as ligações uma prática comercial abusiva. A existência da previsão no texto da lei de defesa do consumidor que considera prática comercial

abusiva exigir do consumidor uma vantagem manifestamente excessiva²⁰⁵ permitenos concluir favoravelmente a possibilidade de sua concretização.

As ligações provocam desconforto ao consumidor e podem resultar em situações constrangedoras, em que, por exemplo, o consumidor deixa claro para o fornecedor que não tem interesse nas ofertas e solicita não ser mais incomodado. A insistência da empresa em realizar a oferta vai além do mero desconforto, pois contraria expressamente a solicitação realizada pelo consumidor. Ela ultrapassa o limite do que seria razoável – o pedido do consumidor –, e, por isso, seria suficiente para constituir o âmbito da norma de proteção do consumidor. A existência de leis estaduais e a experiência de mais de uma década em outras regiões do mundo – como por exemplo, o caso norte-americano e a Diretiva Europeia –, são suficientes para compreender que o dever de não perturbar pode ser considerado abusivo e, assim, exigir a concretização da norma de proteção contra as práticas comerciais abusivas.

No mercado norte-americano, no início dos anos 2000, foram editadas outras leis que procuraram endereçar os problemas decorrentes da sociedade da informação. Em 2003 foi editado o CAN-SPAM Act para enfrentar os problemas relativos aos e-mails não solicitados. No entanto, a alteração significativa vai ocorrer apenas em 2010, após a crise de 2008, com a edição do chamado “Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act”. Além de um novo conceito de práticas desleais – a nova figura passa a ser denominada práticas comerciais abusivas, foi instituído um novo órgão para a proteção do consumidor, o *Consumer Financial Protection Bureau*, que consolida as atribuições de proteção do consumidor do *Federal Reserve Board* e outras agências reguladoras da atividade bancária e financeira no mercado de consumo.

O conceito de ato ou prática desleal ou enganosa não foi revogado, sendo preservada a sua aplicação pela Comissão Federal de Comércio. Na realidade, foi acrescentado um novo gênero de prática desleal, o denominado ato ou prática comercial abusiva.

²⁰⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.. “Art. 39, V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;”.

Ambos os conceitos – deslealdade e abusividade – são importantes para os fins deste trabalho, que é o de examinar as “constâncias jurídicas” do direito comparado e assim, contribuir para a elaboração do conceito nacional de práticas comerciais abusivas.

Assim, importa registrar que o próprio conceito de prática comercial desleal não estava expresso no ato que atribuía as competências da Comissão Federal de Comércio²⁰⁶. Havia um reconhecimento que ele deveria ser construído ao longo do tempo, mediante decisões judiciais e administrativas. Não seria possível estabelecer uma lista de práticas desleais, pois elas seriam rapidamente ultrapassadas ou deixariam lacunas que proporcionariam o seu descumprimento²⁰⁷.

No entanto, diante da necessidade de esclarecer os limites do que seria considerada uma prática comercial desleal, a Comissão Federal de Comércio entendeu que três elementos eram considerados, desde 1964²⁰⁸, para a caracterização, diante do caso concreto, da ocorrência de prática comercial desleal. O primeiro elemento examinado seria se a prática causou danos aos consumidores; o segundo elemento, se ela violou determinada política pública; e, por fim, o terceiro elemento, examinava se a prática seria contrária à ética ou seria uma conduta inescrupulosa do fornecedor. Para tornar claro cada um destes elementos, a Comissão (FTC) considerava a edição dos guias elaborados para orientação do mercado (“*industry guide*”)²⁰⁹. Porém, no início dos anos 80, diante de um debate no

²⁰⁶ Federal Trade Commission Act of 1914, section 5. Alterado em 1938, foi incluído o mandato para combater as práticas comerciais desleais e enganosas. FTC Act § 5 (a) (1), 15 U.S.C § 45 (a) (1).

²⁰⁷ FTC Policy Statement on Unfairness, December 17, 1980.

²⁰⁸ Vide FTC Policy Statement on Unfairness – December 17, 1980. “By 1964 enough cases had been decided to enable the Commission to identify three factors that it considered when applying the prohibition against consumer unfairness. These were: (1) whether the practice injures consumers; (2) whether it violates established public policy; (3) whether it is unethical or unscrupulous. These factors were later quoted with apparent approval by the Supreme Court in the 1972 case of *Sperry & Hutchinson*. Since then the Commission has continued to refine the standard of unfairness in its cases and rules, and it has now reached a more detailed sense of both the definition and the limits of these criteria”. Fonte: <https://www.ftc.gov/public-statements/1980/12/ftc-policy-statement-unfairness>

²⁰⁹ PRIDGEN, Dee; MARSH, Gene. A. *Consumer Protection Law*. 4. ed. St. Paulo: West Academic Publishing, 2016.

Congresso Nacional, a Comissão Federal de Comércio emitiu um documento²¹⁰ com o conceito do que considera uma prática comercial desleal.

Na revisão dos três elementos inicialmente considerados, passou a ser preponderante o primeiro elemento – a existência de dano substancial ao consumidor. O descumprimento da política pública deveria estar declarado ou integrado a fontes legislativas formais, seja nas previsões dos estatutos, leis, ou mesmo, nas decisões judiciais. O senso geral do que se consideraria valores nacionais não é suficiente para estabelecer o descumprimento da política pública. O ato antiético ou inescrupuloso, do mesmo modo, não poderia ser aplicado de forma independente, mas estaria atrelado à ocorrência do dano e o descumprimento da política pública.

Assim, a mitigação por meio de reinterpretação dos dois elementos decorrentes da decisão *Sperry & Hutchinson (SH)*, fixada pela Suprema Corte em 1972, havia definido o conceito utilizado pela Comissão, permitindo estabelecer como elementos conceituais da prática comercial desleal quase que um desdobramento da análise do dano substancial ao consumidor.

Já considerado como primeiro elemento do precedente judicial (*SH*), o dano passou também a ser um segundo elemento, quando, para configurar a prática comercial desleal, passou-se a exigir que ele não pudesse ser evitado pelo consumidor. O terceiro elemento, também com foco na figura do dano, consistia no exame dos custos e benefícios da medida, ou seja, saber se o dano seria compensado por benefícios para os consumidores ou para a concorrência.

Em outras palavras, a partir da participação nas audiências do Congresso, o conceito de prática comercial desleal, para Comissão Federal de Comércio, ocorreria quando estivessem presentes três elementos²¹¹: 1) existência do dano substancial ao consumidor; 2) que o dano não pudesse ser evitado pelo

²¹⁰ 15 U.S.C. § 45(n). Unfair practice is one that “causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition.”

²¹¹ CORRIGAN, Patrick M. Abusive acts and practices: Dodd-Frank’s Behaviorally Informed Authority over Consumer Credit Markets and its applicatio to teaser rates. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 18, Issue (2015), p. 125-184. Para o autor, nem sempre os elementos estarão caracterizados. Ele exemplifica o caso em que a medida pode trazer prejuízo ao consumidor.

consumidor; e 3) que o dano não fosse compensado com benefícios para outros consumidores ou para concorrência.

É importante registrar que a política de proteção do consumidor realizada pela Comissão Federal do Comércio, a partir dos elementos apresentados, procura enfrentar, de forma temática, os desafios da sociedade de consumo, com a edição especializada de medidas que declaram a prática comercial desleal e promovem a readequação da conduta dos fornecedores. Por isso, dado o escopo do presente trabalho, não indicaremos, neste capítulo, as demais medidas regulatórias implementadas pela Comissão.

Há uma correlação entre o conceito norte-americano de prática desleal e o conceito utilizado no Brasil. A impossibilidade de o consumidor evitar o dano e a prática desleal estão diretamente relacionadas à sua condição de vulnerabilidade. Como foi visto, se não houvesse a vulnerabilidade, a prática abusiva não seria praticada, porque o consumidor exerceria a sua própria defesa.

No entanto, nota-se duas diferenças em relação ao eixo conceitual da prática comercial desleal. No modelo norte-americano, há uma preocupação em relação ao dano provocado ao consumidor, elemento central do regime das práticas desleais do conceito oficial declarado pela Comissão Federal do Comércio. Sem ele, não há prática desleal. A outra diferença reside na análise de custo/benefício da conduta. Mesmo que o consumidor seja lesado individualmente, se o benefício da prática afeta a coletividade, não se considera a prática como sendo desleal ou abusiva.

No caso brasileiro, importa registrar, adota-se um conceito diferente. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²¹² (2011, p. 374), na Exposição de Motivos do segundo substitutivo do deputado Geraldo Alckmin Filho, entendeu que:

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheia a esta, seja através do armazenamento de

²¹² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 374.

informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas.

A prática comercial é prevista como abusiva, e não há necessidade da constatação do dano ao consumidor para que exista o direito à proteção. A ocorrência do dano seria um mero exaurimento da conduta ilícita realizada. Neste sentido, o conceito apresentado pela doutrina coaduna-se com o regime constitucional e legal de proteção ao consumidor.

A experiência norte-americana, entretanto, afigura-se importante. Não para estabelecer como condição a constatação concreta do dano para aplicação do texto de lei da proteção contra as práticas comerciais abusivas, mas para tornar clara e evidenciar a dimensão do dano nas práticas comerciais abusivas.

O dano substantivo ao consumidor revela-se como elemento motivador da conduta desleal ou abusiva. Não se compreende, evidentemente, que a intenção de lesar o consumidor e nele provocar o dano seja o principal elemento motivador da conduta do fornecedor. Não é razoável supor que o fornecedor empreenderá uma atividade para lesar o consumidor. Seu propósito, objetivo comercial ou empresarial, é obter o resultado econômico ou financeiro da operação.

Reintroduzir a dimensão econômica como propósito torna claro o problema do dano, não apenas na perspectiva importante da lesão do consumidor, mas para evidenciar a necessidade de endereçar medidas para cessar ou fazer cessar qualquer incentivo para a prática comercial abusiva.

Assim, é possível refletir que, se a prática comercial abusiva ocorre em razão da impossibilidade de o consumidor defender-se – vulnerabilidade – e viola a boa-fé necessária nas relações de consumo, merece também destaque o propósito da realização econômica do fornecedor. É a busca da remuneração, do proveito financeiro desmedido, ilícito e abusivo que representa o excesso, a violação dos limites e a lesão ao consumidor.

A evidência do propósito da realização financeira e econômica como causa da prática comercial abusiva permite considerar a necessidade de mecanismos que neutralizem ou tornem sem efeito o propósito daquele que comete o abuso e o excesso. É necessário, diante de uma conduta ilícita *per se*, abusiva, tornar sem efeito quaisquer ganhos financeiros do fornecedor em detrimento do

consumidor, na dimensão individual e, principalmente, coletiva e difusa, conforme prevê o disposto no art. 6º, inciso VI²¹³ da lei de proteção do consumidor. Não se olvide também, que os efeitos do dano nas relações concorrenciais do mercado, se reparados, resultarão, de forma indireta, na proteção do consumidor.

Em relação ao último elemento conceitual da prática desleal da Comissão Federal de Comércio – que o dano não seja compensado com o benefício para o consumidor ou para concorrência –, em certa medida, está contemplado na análise da função econômica e social da prática abusiva. Ela deve atender a função econômica e social para que, na concretização da norma diante do caso jurídico e no âmbito da norma, realize-se o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. No entanto, não há uma regra clara que estabeleça, *ex ante*, a prevalência do interesse coletivo. Apenas o caso jurídico poderá permitir uma conclusão se prevalecerá o interesse individual ou o coletivo dos consumidores. É possível compreender que nem um, nem outro prevalecem *a priori* no regime de proteção ao consumidor.

Por fim, cumpre registrar que a edição da “*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*” trouxe, de forma inaugural, a expressão prática comercial abusiva para o direito do consumidor norte-americano. Concebida para proteger os consumidores contra práticas comerciais desleais, enganosas e abusivas, entre outras medidas, ela acabou por disciplinar o conceito de prática comercial abusiva para os serviços bancários e financeiros.

O conceito de prática comercial desleal, expresso pela Comissão Federal de Comércio, ocorreria quando: 1) causa ou pode causar danos substanciais aos consumidores; 2) o dano não é razoavelmente evitável pelo consumidor; e 3) o dano não é compensado com benefícios para o consumidor ou para concorrência.

Já o conceito de prática ou ato abusivo, nos termos da *Dodd-Frank Act*, é aquele que ocorre quando: 1) interfere materialmente com a capacidade de o consumidor compreender os termos ou condições do produto ou serviço financeiro; e 2) obtém vantagem exagerada com:

²¹³ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016. “Art. 6º, VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”.

a) a falta de compreensão do consumidor em relação aos riscos, custos ou condições do produto ou serviço;

b) a falta de habilidade do consumidor proteger o seu interesse na escolha ou uso do produto ou serviço financeiro; e

c) a confiança razoável do consumidor no seu representante para agir em seu interesse.

Os elementos apresentados pela Agência de Proteção Financeira do Consumidor são relevantes para a composição do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais, especialmente, quando tratamos de serviços financeiros.

A obrigação de não interferência de forma significativa e negativa na capacidade de o consumidor compreender os termos ou condições do produto ou serviço financeiro deixa explícita a necessidade de não criar obstáculos para a compreensão do consumidor. Ela dialoga com a obrigação da informação prevista no artigo 31 do CDC, quando deixa claro que não pode haver uma ação positiva por parte do fornecedor para estabelecer barreiras ou dificuldades para que o consumidor possa compreender as condições de contratação do produto ou serviço financeiro. Considerada como uma prática comercial abusiva no mercado liberal norte-americano, ela deve compor o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

O conceito de vantagem exagerada previsto na orientação da agência de proteção do consumidor financeiro contribui de forma significativa com a elaboração do programa normativo das práticas comerciais abusivas. No primeiro caso, declara-se vantagem exagerada aproveitar-se da falta de compreensão do consumidor sobre os riscos patrimoniais, custos e condições do produto ou serviço financeiro. O conceito articula-se diretamente com o princípio da boa-fé, equidade, função social e econômica do contrato e afigura-se conectado com a proporcionalidade exigível para a harmonia das relações de consumo. Ele é importante porque, diante do caso concreto, pode retirar a legalidade dos resultados financeiros do contrato celebrado. Caracterizada a prática abusiva, a conduta passa a ser ilegal, e, portanto, torna vulnerável o resultado obtido pelo fornecedor.

O mesmo ocorre com a segunda hipótese, pois na medida em que falta capacidade para o consumidor escolher o produto ou serviço, ou mesmo, utilizá-lo adequadamente, há um dever inerente do fornecedor de prover o serviço de forma que o consumidor possa realizar suas escolhas e usar o produto ou serviço de forma adequada, conforme preceitua o art. 20, § 1º, do CDC. Em outras palavras, o descumprimento do dever de adequação – *suitability*, pode ensejar a concretização do programa normativo de práticas comerciais abusivas. De forma singela, seria possível afirmar, após a verificação no caso jurídico e a consideração do âmbito da norma, que o descumprimento do dever de adequação torna o resultado financeiro obtido em uma vantagem exagerada, tornando vulnerável a contratação realizada.

No último caso apresentado, expressa-se a relação de confiança existente entre o consumidor e o fornecedor de serviços bancário e financeiro. Na realidade, não se trata de alternativa para o consumidor, mas de uma circunstância, um fato apresentado a ele – a realização do serviço com um representante do fornecedor. Ou ele aceita as condições estabelecidas pela instituição financeira, ou não haverá a contratação do serviço. Por isso, o acerto da regulação norte-americana ao expor tal circunstância, usual no mercado de massas, e exigir do representante da instituição financeira a obrigação de cumprir, segundo a boa-fé e a lealdade, toda prestação do serviço. O efeito da quebra da confiança, como vimos, torna o resultado financeiro do serviço em vantagem exagerada exigida do consumidor e, nos termos do art. 39, inciso V do CDC, pode integrar o seu programa normativo.

CONCLUSÃO PARCIAL: A FORMAÇÃO DO PROGRAMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

A formação do programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas teve início na consideração do texto de lei previsto no Código de Defesa do Consumidor para as práticas comerciais abusivas.

De acordo com as considerações preliminarmente realizadas, as disposições selecionadas e consideradas como texto de lei foram os artigos 39, 40 e 41, do Código de Defesa do Consumidor.

Com a base estabelecida em lei – em texto de lei – foi realizada a interpretação gramatical para a compreensão do alcance e sentido possível da disposição. Posteriormente, com os limites estabelecidos para os artigos 39, 40 e 41 da lei de defesa do consumidor, foi realizada uma análise histórica das disposições para apresentar a *origo legis* e a *occasio legis*. Neste sentido, decidiu-se realizar um recorte histórico e considerar as edições legislativas a partir da década de 50.

O exame das legislações do período resultou no destaque de duas leis, ainda em vigor e diretamente relacionadas com o mercado de consumo – A lei dos Crimes contra a Economia Popular e a lei de intervenção no mercado. Como resultado da *occasio legis*, restou evidente que ambos os conjuntos legislativos foram editados para endereçar medidas de intervenção na ordem econômica, visando fazer frente aos mais diversos desafios econômicos provocados pelas crises e, em especial, pelo início do processo inflacionário. Tornou-se claro que o momento histórico é formador do sentido, inclusive, da natureza e compreensão do abuso e da necessidade de estabelecer limites para ele. Na *origo legis* foi possível notar a necessidade da intervenção do Estado como forma de regular e controlar os abusos e os excessos cometidos. Fica evidente a necessidade e a vulnerabilidade da sociedade, que não possuía mecanismos que pudessem, de forma autônoma, evitar ou coibir os abusos existentes.

Estabelecido o sentido de prática comercial abusiva – a natureza do excesso e o transbordo dos limites admissíveis –, notou-se, também, a quantidade de prescrições legais que podem contribuir com a elaboração do programa normativo. No paradigma pós-positivista e na metódica estruturante, o exercício discricionário não encontra mais espaço, nem razão para ser utilizado. A fatura legislativa existente no contexto nacional desafia, ao menos nas relações jurídicas de consumo, a necessidade de algum exercício discricionário. De outro lado, o exercício denuncia o excesso legislativo promovido diuturnamente, sem que se possa assegurar a segurança jurídica e a efetividade das leis existentes. Trata-se de uma perda significativa para o ordenamento jurídico e para o próprio direito.

Na última etapa do processo de elaboração do programa normativo foi realizada a interpretação sistemática do conceito de prática comercial abusiva, tema central de nosso trabalho. Inicialmente, foi estabelecida a necessidade de

estruturação da interpretação mediante o propósito e a finalidade da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, fato que emprestaria sentido e finalidade a todo o processo de sistematização. No primeiro momento conclui-se que seria a realização dos preceitos constitucionais, especialmente aqueles veiculados no artigo 5º, inciso XXXII. No segundo momento, chegou-se à conclusão de que a realização do direito de garantia teria por propósito realizar os objetivos da Constituição da República, que seriam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A definição da finalidade do sistema proporciona a possibilidade e a necessidade de estabelecer o sentido de unidade e ordem entre as suas mais variadas disposições. No caso, a interpretação deveria expressar uma unidade que pudesse representar todas as suas disposições, e deveria haver, entre elas, uma ordenação.

Por isso, nesta etapa foram examinados, na doutrina, os mais diversos conceitos de práticas comerciais abusivas, para que fosse possível retirar das mais variadas compreensões, inclusive as estrangeiras, os princípios que informavam e estruturavam os seus elementos.

Provisoriamente, conceituamos prática comercial abusiva como a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé que informa as relações jurídicas de consumo, e é incompatível com a equidade, desproporcional na distribuição de obrigações do negócio celebrado, com desvio da função social e econômica de sua atividade.

No entanto, o exame do direito comparado permitiu dialogar de forma mais ampla com outros conceitos e, por isso, alterarmos o conceito inicialmente proposto para contemplar os efeitos da conduta comercial abusiva. É necessário articular o impacto causado pela concretização da norma de proteção ao consumidor. Sendo a prática comercial considerada abusiva, o resultado financeiro da operação é indevido. Nos termos do art. 166, inciso VII, do Código Civil, pode-se afirmar a nulidade do negócio jurídico, quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Bruno Miragem²¹⁴ (2016, p.108), entende que “Se da prática abusiva decorrer dano ao consumidor, há dever de indenizar do fornecedor”. O rol de práticas comerciais abusivas previsto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor não comina nenhuma sanção expressa. Também por essa razão, não resta dúvida de que, se houve qualquer pagamento efetuado pelo consumidor, o fornecedor que cometeu o abuso não pode auferir resultados econômicos pela prática. Só assim serão reestabelecidos a harmonia e o equilíbrio da relação de consumo. Só assim realizar-se-á a proteção do consumidor nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República.

Neste particular, entendemos imprescindível considerar a necessidade de proteção suficiente do consumidor. Embora controvertido, o tema da tutela imediata dos direitos fundamentais entre particulares, a proteção mediata, realizada pela lei ou mesmo pelo Estado, seja na Administração Pública ou na tutela jurisdicional, precisa ser suficiente para assegurar os direitos dos consumidores. Gilmar Ferreira Mendes²¹⁵ (2011, p.221), assevera:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

Georges Abboud²¹⁶ (2016), no exame da Lei n. 11.105 de 2005, considera que a omissão na instituição de um órgão para análise e autorização das pesquisas com células-tronco constitui uma violação ao princípio da responsabilidade e utiliza como parâmetro o princípio da proteção suficiente, *verbis*: “[...] o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)”.

²¹⁴ MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: proposta para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 104. Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211.

²¹⁶ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

Assim, para fins deste trabalho, consideramos prática comercial abusiva a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé, é incompatível com a equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato, lesando interesse patrimonial ou moral do consumidor ou da coletividade, sendo indevida qualquer vantagem econômica ou pagamento realizado.

O propósito do conceito de práticas comerciais abusivas deve abordar os efeitos da prática abusiva e permitir que eles possam integrar o programa normativo desde o momento da sua elaboração, na busca de maior efetividade para a proteção do consumidor.

É necessário que a norma – concretização do texto de lei –, mediante o programa e o âmbito da norma, diante de um caso jurídico, realize a proteção do consumidor. Com a previsão, em linguagem, de que a vantagem econômica ou o pagamento, eventualmente realizado pelo consumidor, é indevido, ou mesmo, do resultado econômico logrado pelo fornecedor diante de uma coletividade, inclusive difusa, coloca-se em evidência o elemento que, muitas vezes, motiva o fornecedor para a adoção da conduta abusiva. Com isto, precisa-se o ponto nevrálgico da conduta e descortina-se o propósito de prevenção da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

O interesse em auferir vantagem econômica precisa ser afastado. Para tanto, a impossibilidade de auferir a vantagem pretendida será fundamental para a produção deste efeito. É necessário notar que na elaboração do conceito, além da experiência estrangeira, a sustentação encontra-se no próprio texto da lei de proteção ao consumidor. No artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece-se, como direito básico dos consumidores, a efetiva prevenção de danos individuais, coletivos ou difusos, patrimoniais ou morais.

Solução similar foi prevista pelo texto da lei de defesa do consumidor, porém, com alcance restrito para os casos de envio de produtos e serviços sem solicitação do consumidor, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 39²¹⁷, que prevê: “Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor,

²¹⁷ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento”.

Por estas razões, afigura-se necessário que o conceito de práticas comerciais abusivas, sobretudo para a elaboração do programa da norma do artigo 39, inciso V, da lei de proteção do consumidor, possa reafirmar como indevido o pagamento e a vantagem do fornecedor.

Por fim, é importante registrar que a prática comercial abusiva, nas suas previsões constantes do texto de lei, não apresenta uma classificação segundo a gravidade da conduta do fornecedor. Entretanto, o exame do artigo 57²¹⁸ do Código de Defesa do Consumidor estabelece que para a aplicação da multa haverá necessidade de considerar três elementos: a gravidade da infração cometida, a vantagem auferida pelo fornecedor, assim como, a sua condição econômica.

O Decreto n. 2.181 de 20 de março de 1997, nos artigos 17 e 26, estabelece que as infrações poderão ser leves, quando verificadas somente circunstâncias atenuantes e graves, quando constatadas circunstâncias agravantes. Para regulamentação federal, consideram-se circunstâncias atenuantes (artigo 25) a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato (artigo 25, inciso I), ser o infrator primário (artigo 25, inciso II) e ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou reparar imediatamente os efeitos do ato lesivo (artigo 25, inciso III).

A infração, segundo o decreto regulamentador, será grave quando²¹⁹, entre outras, ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática da infração para

²¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos”.

²¹⁹ BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Art. 17, inciso IX. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20. nov. 2016.. “Art. 17. As práticas infrativas classificam-se em: I - leves: aquelas em que forem verificadas somente circunstâncias atenuantes; II - graves: aquelas em que forem verificadas circunstâncias agravantes”. No artigo 26 estão veiculadas as circunstâncias agravantes, verbis: “Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes: I - ser o infrator reincidente; II - ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas; III - trazer a prática infrativa consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor; IV -

obter vantagens indevidas (artigo 26, inciso II), a infração produzir consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor (artigo 26, inciso III), ter a prática da infração provocado dano coletivo ou possuir caráter repetitivo (artigo 26, inciso VI), ou ainda, ter afetado menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial (artigo 26, inciso VI).

Na análise do texto de lei e de seu decreto regulamentar, foi possível constar que algumas condutas consideradas pelo regulador expressam gravidade diante do direito do consumidor e merecem ser consideradas na elaboração do programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Do mesmo modo, no âmbito normativo será possível considerar os efeitos da conduta do fornecedor na relação de consumo, como no caso do direito à saúde e à segurança. Diante dos efeitos, será possível, se não necessário, examinar os efeitos da concretização para as relações de consumo, isto é, se o resultado da norma representará uma aderência aos preceitos previstos no texto de lei como sendo direitos básicos do consumidor e, em especial, se o direito à prevenção foi devidamente contemplado (artigo 6º, inciso VI, do CDC).

Duas considerações parecem necessárias. A primeira é que há uma forma de gradação das práticas comerciais abusivas. Conforme previsão no decreto regulamentador, deve ser considerada mais grave uma prática que acarrete danos à saúde e a segurança do consumidor do que aquela ofensa que fica restrita ao interesse econômico. Considera-se, desta forma, porque está previsto no texto da lei²²⁰ como primeiro direito básico do consumidor a “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e

deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas consequências; V - ter o infrator agido com dolo; VI - ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo; VII - ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interdadas ou não; VIII - dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade; IX - ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade”.

²²⁰ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

serviços considerados perigosos ou nocivos”. A segunda consideração está relacionada às condutas previstas como práticas comerciais abusivas, mas também estão previstas como crime, isto é, tipificadas como condutas graves à sociedade e que merecem uma severa repressão por parte do Estado.

Assim, consideramos possível que apresentem graus de abusividade diferentes, o que resulta em práticas comerciais abusivas com diferentes graus de lesão aos consumidores. Não há previsão expressa que discipline os graus de abusividade nas práticas comerciais abusivas, porém, há previsão para a aplicação de medidas sancionatórias, especificamente, na pena de multa. Do mesmo modo, encontra-se previsão no decreto regulamentador das relações de consumo.

A existência de diferentes graus de práticas comerciais abusivas permite que, na concretização da norma de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas, sejam consideradas, no programa normativo e no âmbito da norma, as diferentes ofensas e violações provocadas no mercado de consumo.

**PARTE II - A APLICAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DOS
CONSUMIDORES CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS**

1 A CONCRETIZAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

A elaboração do programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais permite avançarmos para a próxima etapa do processo de aplicação do sistema de proteção contra as práticas comerciais abusivas.

Para realizar a norma de proteção do consumidor prevista no texto de lei dos artigos 39, 40 e 41 do CDC, no paradigma pós-positivista, é necessário estabelecer o âmbito da norma e, diante do caso jurídico, realizar a sua concretização. Georges Abboud (2015) assevera que: “O pós-positivismo consiste em paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade”.

Para estabelecer o âmbito da norma é necessário o caso jurídico – que pode ser abstrato ou concreto. Considera-se concreto quando o caso jurídico representa um caso real, submetido ao aplicador do direito, seja ele o estado-juiz ou estado-administração. Será abstrato quando elaborado pela investigação científica, em que se considera ou se elabora de forma hipotética o caso para a concretização da norma.

Para elaboração do âmbito normativo, foram considerados os casos submetidos ao estado-juiz, mais especificamente, os casos jurídicos submetidos ao controle de legalidade realizado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ. É a partir das decisões da Corte Superior de Justiça que será elaborado o âmbito da norma e, em consideração ao programa normativo, realizada a sua concretização. Em outras palavras, neste capítulo serão utilizadas algumas decisões do STJ para ilustrar o processo de concretização do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Para a seleção dos casos foi realizada pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Nesta pesquisa eletrônica foi feita uma busca fonética oferecida pelo sistema eletrônico da Corte. Nesta operação foi lançado, como critério de pesquisa, a expressão: “CDC + art. 39”. O sistema automatizado de pesquisa da Corte Superior retornou como resultado 135 acórdãos. Destes, foram selecionados 116 acórdãos, que ilustrarão esta pesquisa.

Para a seleção dos casos foi considerada a decisão mais recente ou mais relevante, segundo características e elementos existentes no julgado, que permitiam a consideração dos elementos substantivos para a compreensão dos elementos subjetivos e objetivos que concretizaram a norma, segundo o programa normativo e o âmbito normativo.

A partir dos casos relatados no acórdão, serão examinados o programa normativo e o âmbito de aplicação no caso concreto e a decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, com reflexão final em consideração ao regime proposto neste trabalho de sistematização e aplicação das práticas comerciais abusivas nas relações de consumo.

2 ÂMBITO NORMATIVO E A CONCRETIZAÇÃO DO REGIME DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

Os elementos fáticos são indissociáveis das normas. Eles existem e são considerados no processo de concretização. No entanto, no paradigma positivista, eles nem sempre ficam claros, tornando-se um problema para a ciência jurídica e para o Estado Constitucional.

O âmbito da norma para Müller (2013, p. 135), importante recordar, compreende: “o conjunto parcial de todos os fatos relevantes (âmbito fático) como elemento que sustenta a decisão jurídica como direito²²¹”. No entanto, os elementos fáticos, não linguísticos, por estarem presentes no processo de concretização, não podem ser introduzidos de qualquer forma. A proceder desta maneira, ele poderá não ficar claro, expresso e sindicável pela sociedade. Assim, alerta o autor que²²²: “Âmbito normativo quer dizer: conteúdo materiais (*Sachehalte*) não podem arbitrariamente, sem critério, invadir os processos de concretização ou deles serem suprimidos”.

Por isso, o paradigma pós-positivista da teoria estruturante do direito é o modelo adotado para sistematização e aplicação das práticas comerciais abusivas.

Como foi visto, no capítulo anterior, foi desenvolvido e elaborado o modelo de programa normativo para proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Nesta etapa, diante do caso jurídico, será desenvolvido o âmbito da norma. Trata-se de incluir o âmbito normativo na norma jurídica²²³, tendo como consequência, considerar “não somente os elementos linguísticos, mas também os empírico-materiais, os quais desempenham papel efetivo na realização do direito, precisam ser captados sistematicamente e disciplinados metodicamente”.

Os elementos fáticos, reais, apresentam uma riqueza de detalhes e complexidade, que, nem sempre é possível sua reprodução em abstrato. Somente a partir do caso jurídico que revela seus elementos que é possível “submeter os fatos a um duplo exame” que, segundo o autor, será elaborado a partir do programa da

²²¹ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.

²²² MÜLLER, Friedrich. *Metódica Jurídica e Sistema Político*. Joinville: Bildung editora, 2014. p.108.

²²³ *Ibidem*. p. 143.

norma. Importa saber se os fatos considerados para o âmbito da norma são pertinentes e relevantes em relação ao programa da norma. É necessário que exista uma relação de pertinência daquilo que se pretende regular ou intervir, sendo esta relação estabelecida pelo texto de norma. O texto de lei é quem estabelece a relação de pertinência, pois isso, pode ser considerado a base de todo o processo de concretização, de interpretação do direito a ser aplicado.

Assim, neste exame será avaliado se os fatos considerados continuam sendo relevantes para o programa da norma e se eles são compatíveis com o programa elaborado. Somente assim, segundo o autor, seria possível incorporar os fatos na decisão.

O modelo proposto para aplicação e concretização do sistema de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas considera, conforme relatado anteriormente, a disposição do texto normativo do artigo 39 e seus incisos, assim como, a previsão dispostas nos artigos 40 e 41, todos do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a pertinência do caso jurídico, serão observadas três etapas para concretização (aplicação) da norma. Na primeira etapa será descrito o programa normativo, ou a análise linguística do texto de lei, a sua interpretação gramatical, histórica e sistemática, para estabelecer em linguagem suas condições de possibilidades. Na segunda etapa, será considerado o âmbito da norma, isto é, os elementos não linguísticos que são pertinentes para o programa normativo e para o caso jurídico analisado. Nessa etapa será considerado o caso jurídico submetido à apreciação da Corte Superior de Justiça, isto é, os elementos fáticos, econômicos e sociais relevantes ou determinantes para o caso. Na terceira etapa haverá a concretização da norma. Em um primeiro momento, consideraremos a decisão da Corte Superior de Justiça, para então, de forma analítica, refletir sobre a aplicação do programa normativo ao âmbito da norma e a concretização da norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Assim, de forma sintética podemos afirmar que o modelo de concretização da norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas consistirá nas seguintes etapas:

1. Descrição do programa normativo (análise linguística):

- a. sentido literal do texto de lei;
- b. interpretação histórica;
- c. interpretação conceitual-sistemática;
 - c.1 doutrina nacional; e
 - c.2 Direito Comparado.

2. Âmbito normativo (análise não linguística):

- a. jurisprudência;
- b. aspectos econômicos do caso analisado; e
- c. aspectos sociais do caso analisado.

3. A concretização da norma - o caso jurídico utilizado:

- a. descrição do caso;
- b. disposição do texto da norma;
- c. programa normativo;
- d. âmbito normativo; e
- e. concretização - conclusão da abusividade.

3 O ARTIGO 39 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O ROL EXEMPLIFICATIVO DAS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS: O EXAME DE SUA CONCRETIZAÇÃO E APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA

As práticas comerciais abusivas estão previstas nos artigos 39, 40 e 41 do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 39, da lei de proteção, apresenta um rol de condutas consideradas práticas comerciais abusivas. É possível notar que não se trata de rol taxativo, ao contrário, ele é meramente exemplificativo.

Para sustentar esta posição é usual a indicação do próprio artigo 39, *caput*,²²⁴ porque se depreende do próprio texto da lei a expressão indicativa da existência de outras condutas abusivas: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:”.

Há um outro argumento que complementa a natureza exemplificativa do rol de práticas abusivas. É a existência de uma cláusula geral das práticas comerciais abusivas, prevista no inciso V, do artigo 39, da lei de proteção ao consumido, *verbis*: “Art. 39, V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.

Claudia Lima Marques²²⁵ examina a disposição e considera que é possível notar que o artigo 39, inciso V, atua como cláusula geral:

Quanto à vantagem excessiva, mister lembra que esta pode ser alcançada também na forma de cobrança da dívida, o que impediria o consumidor de exercer seu direito de discutir a dívida, podendo haver a devolução em dobro mencionada no art. 42, parágrafo único. Esta norma atua como cláusula geral, permitindo proibir inclusive a cobrança de tributos, na histórica decisão do STJ [...].

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior²²⁶ (2015), afirmam que cláusulas gerais podem ser de tipo extensivo, isto é, “quando ampliam o significado ou alcance de determinado conteúdo normativo para outro campo de atuação”. O propósito da existência da cláusula geral, registram os autores, está diretamente

²²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis e processuais civis comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico. p. 544. “O rol do CDC 39 é exemplificativo, uma vez que o caput menciona expressamente que outras práticas abusivas poderiam ser consideradas como tais mesmo que não constassem desse dispositivo”.

²²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book baseada na 7.ed. p. 888.

²²⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. 1. Livro eletrônico.

relacionado com a complexidade de regular o mercado de consumo. Sua constante mutabilidade e dinamicidade tornaria obsoleto o texto de lei na mesma velocidade com que torna os produtos e os serviços. Por isso, sendo a cláusula geral uma formulação ampla da hipótese legal, “alivia o ordenamento da necessidade de regular toda e qualquer hipótese” e “prolonga a aplicabilidade dos institutos jurídicos por amoldá-los às necessidades da vida social, econômica e jurídica”. O desafio do sistema jurídico é que, sendo dirigida ao juiz, pode se ter adequadamente as vantagens anteriormente delineadas, mas também, de outro lado:

[...] ele pode preencher o conteúdo dos conceitos com valores distorcidos, o que, de certa forma, causa insegurança jurídica. Isso abre brecha para a utilização do instituto visando o estabelecimento de regimes totalitários ou da manipulação pela economia capitalista extremada.

Por isso, o paradigma pós-positivista é tão importante. Ele não poderá impedir que ocorram distorções ou equívocos na concretização da norma, mas permitirá apresentar para sociedade de forma transparente e precisa todo o processo de decisão do juiz, assim como, da autoridade da Administração Pública que aplicar o texto de lei das práticas comerciais abusivas.

O exame do programa normativo do texto de lei previsto no art. 39, *caput*, do CDC, permite verificar que nele não há qualquer prescrição de conduta que possa ser interpretada. Ele apenas declara que o rol previsto nos seus incisos não é exaustivo. A abusividade é veiculada pela cláusula geral, nos termos previsto no artigo 39, inciso V, do CDC.

O conceito de práticas comerciais abusivas revela-se importante e necessário, como forma de amparar a elaboração do programa da norma para aqueles casos não veiculados de forma expressa na lei. Assim, considera-se práticas comerciais abusivas, a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé, é incompatível com a equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato, lesando interesse patrimonial ou moral do consumidor ou da coletividade, sendo indevida qualquer vantagem econômica ou pagamento realizado.

De outro lado, importante registrar, que a concretização do rol de práticas comerciais abusivas deve considerar, inicialmente, as leis existentes para elaboração do programa normativo, antes de utilizar outros critérios, fundado em

princípios das relações de consumo, princípios gerais do direito, costumes, ou mesmo, direito comparado.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²²⁷ (2016, p. 442), elaboraram ementário com as leis e decretos que se relacionam com o Código de Defesa do Consumidor. A Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que estabelece os crimes contra a economia popular, como analisado na primeira parte deste trabalho, veicula disposições que podem ser consideradas no programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas, notadamente para permitir a aplicação da cláusula geral prevista no artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. Do mesmo modo, a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, que disciplina a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que estabelece os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que disciplina o marco civil da internet e tantas outras leis que veiculam, de forma direta ou indireta, os temas pertinentes para proteção do consumidor.

Cumpra, por fim, relacionar os decretos que também emprestam elementos para interpretação e composição do programa normativo do artigo 39, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. Merece destaque o Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2003, que trata da informação sobre alimentos e ingredientes transgênicos, o Decreto n. 6.523, de 31 de março de 2008, que fixa normas gerais sobre o serviço de atendimento ao consumidor – SAC, o Decreto n. 7.963, de 15 de março de 2013, que institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e o Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, que estabelece regras para o comércio eletrônico no mercado de consumo.

Há uma variada e abundante produção de textos de leis que permitem sua integração ao programa normativo de proteção ao consumidor e precisam ser considerados. Como visto, ainda que sinteticamente, há um ampla quantidade e

²²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis Cíveis e Processuais Cíveis Comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 442.

variedade de textos normativos sobre os mais variados assuntos, pertinentes na vida do consumidor, que foram editados e produzidos na esfera legislativa e regulamentar dos Poderes. Elas precisam ser consideradas na elaboração do programa normativo, principalmente, os textos de lei que foram editados. Trata-se de necessária deferência ao processo legislativo e ao exercício da democracia, que não pode ser desconsiderada.

Foram selecionadas algumas decisões que permitirão o exame de como a jurisprudência do STJ preencheu o texto normativo aberto do artigo 39, *caput* e inciso V, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro caso corresponde ao Recurso Especial n. 1.403.283, do Rio Grande do Sul, interposto em 2012, com decisão em 2014. O assunto, conforme se verifica na ementa, é a cobrança de tarifa para emissão de boleto de pagamento²²⁸:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RECURSO ESPECIAL - TAXA DE EMISSÃO DE BOLETO - TEB - NULIDADE INEXISTENTE NO JULGAMENTO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - LEGITIMIDADE DE PARTE DA AUTORA - NULIDADE DA CLÁUSULA ATÉ A RESOLUÇÃO BACEN 3693/2009, ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DE PACTUAÇÃO - SÚMULAS 7 e 5 DO STJ - LIQUIDAÇÃO EM EXECUÇÕES INDIVIDUAIS FUTURAS - MULTAS ASTREINTES - HONORÁRIOS MÓDICOS MANTIDOS

É possível constatar do relato apresentado que a cobrança de taxa de emissão de boleto somente seria permitida caso ficasse demonstrada a existência de contrato bancário celebrado até 30 de abril de 2008, conforme entendimento da Segunda Seção da Corte Superior que, em 28/8/2013, no julgamento do REsp n. 1.251.331/RS, assentou a possibilidade de cobrança. A ausência de comprovação, conforme se depreende da ementa, levou a consideração da cobrança como sendo prática comercial abusiva²²⁹. *Verbis*:

[...] 3.- No caso dos autos, o Tribunal de origem foi claro ao informar que, no caso em apreço, embora a instituição financeira alegue que é dada oportunidade aos clientes de se inteirarem acerca das opções de pagamento, bem como da existência de expressa previsão nos contratos de financiamento, nenhuma prova nesse sentido veio aos autos, ônus que lhe incumbia, concluindo que, diante da ausência de comprovação da regular

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.403.283/RS. Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/4945270535094272>>. Acesso em: 15 out. 2016.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.251.331/RS. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/5734791651000320>> Acesso em: 15 out. 2016.

contratação da Taxa Emissão de Boleto - TEB, o reconhecimento da ilegalidade de sua cobrança é medida que se impõe (e-STJ Fls. 398). Essa conclusão a que chegou o Acórdão decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal acerca da pactuação da referida taxa demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz da Súmula 7/STJ. (Grifo nosso).

A Corte Superior de Justiça concluiu pela ofensa aos artigos 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, 39, inciso V e 51, inciso VI, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

O segundo caso foi anterior ao decidido pela Corte de Justiça, e corresponde ao Recurso Especial n. 794.752, do Estado do Maranhão. O ajuizamento ocorreu em 2005 e o julgamento em 2010. O tema central do acórdão repousa na impossibilidade de cobrança de tarifas bancárias por pagamentos efetuados mediante boletos ou fichas de compensação.

Da leitura da ementa é possível constatar que a Corte²³⁰ havia considerado a ilegalidade da cobrança de tarifa para emissão de boleto bancário:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. LEGITIMIDADE. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA SOB EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO.

O fundamento utilizado no r. Acórdão para considerar prática comercial abusiva a cobrança pela emissão do boleto consiste na dupla remuneração das Instituições Financeiras, o que implicaria numa vantagem exagerada exigida dos consumidores. Neste sentido²³¹:

7. Sendo os serviços prestados pelo Banco remunerados pela tarifa interbancária, conforme referido pelo Tribunal de origem, a cobrança de tarifa dos consumidores pelo pagamento mediante boleto/ficha de compensação constitui enriquecimento sem causa por parte das instituições financeiras, pois há “dupla remuneração” pelo mesmo serviço, importando em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores, razão pela qual abusiva a cobrança da tarifa, nos termos do art. 39, V, do CDC c/c art. 51, § 1º, I e III, do CDC.

Para Corte Superior de Justiça, no caso analisado, caberia ao consumidor o pagamento apenas da prestação pactuada com o seu credor, “não sendo razoável

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial N. 794.752-MA (2005/0182889-0)*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 22, n.18 p. 387-488, abril/junho 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2010_218_capQuartaTurma.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

²³¹ Ibidem.

que seja responsabilizado pela remuneração de serviço com o qual não se obrigou, nem tampouco contratou, mas lhe é imposto como condição para quitar a fatura recebida [...]”.

O programa normativo do artigo 39, inciso V, da lei de proteção ao consumidor, permite considerar prática comercial abusiva aquela conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé, é incompatível com a equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato, lesando interesse patrimonial ou moral do consumidor ou da coletividade, sendo indevida qualquer vantagem econômica ou pagamento realizado.

Diante do caso jurídico examinado pela Corte Superior, cabe o exame dos elementos do programa normativo e a delimitação do âmbito da norma, para que seja possível a concretização da norma de proteção contra as práticas comerciais abusivas.

O texto da norma proíbe a prática que exige do consumidor uma vantagem manifestamente excessiva. A vantagem será manifestamente excessiva quando ultrapassar os limites da relação contratual do consumidor. Foi possível verificar, no segundo acórdão, que a norma foi materializada quando se constatou uma exigência não prevista no contrato celebrado entre o consumidor e a instituição financeira emissora do boleto, ao instituir-se a obrigação de pagamento da tarifa.

Do mesmo modo, é possível compreender que representa uma exigência manifestamente excessiva porque: 1. Não resta outra alternativa ao consumidor, senão aceitar o pagamento pela emissão do boleto e realizar assim o pagamento da sua obrigação; 2. Não previsto em contrato ou mesmo não tendo sido pactuado com o consumidor, resta caracterizada a violação da boa-fé contratual (artigo 46, do Código de Defesa do Consumidor), sendo incompatível com a equidade e a proporcionalidade da obrigação.

É possível registrar também no programa normativo a necessidade do cumprimento da função social e econômica do contrato. No primeiro acórdão analisado, a autoridade reguladora – Banco Central do Brasil – editou regulamentação que proibiu a cobrança de tarifas que não estivessem relacionadas na regulamentação. Não há previsão, conforme se verificou, sobre a possibilidade

da tarifação da emissão do boleto. Logo, não seria possível afirmar que a cobrança cumpriria com sua função social e econômica, na medida em que a cobrança caracteriza um descumprimento da regulação da autoridade do Banco Central do Brasil.

Como âmbito da norma, pode-se considerar que a realização da cobrança dos consumidores da emissão do boleto atinge uma camada social mais vulnerável de consumidores. Aqueles que possuem conta bancária podem realizar o pagamento mediante sistemas próprios como o Débito Direito Autorizado, ou ainda, a transferência mediante depósito em conta, entre outros mecanismos.

Assim, a concretização da norma de proteção contra as práticas abusivas é necessária neste caso jurídico. O excesso praticado pelo fornecedor de realizar a cobrança pela emissão de boletos ofende ao direito do consumidor e merece proteção, especialmente porque pode atingir parte significativa dos consumidores mais vulneráveis, isto é, aqueles que não possuem conta bancária ou ainda, não possuem mecanismos para realizar sua proteção.

Outro elemento importante, conforme elaboração do programa normativo, é a caracterização do pagamento realizado ou vantagem percebida como sendo ilegítima, havendo a obrigação de restituição aos consumidores, individuais e também coletivos, nos termos do artigo 6º, inciso VI, da lei de proteção ao consumidor. A titularidade da coletividade precisa ser também protegida e merece o recebimento dos valores que, eventualmente, tenha dispendido para a realização do pagamento.

A efetividade, como vimos, não pode apoiar-se unicamente no processo sancionatório administrativo. É necessário tornar sem efeito a vantagem percebida pela Instituição que tenha perpetrado a conduta abusiva, na sua dimensão individual e também coletiva de todos os consumidores afetados. Só assim teremos incentivos suficientes para exercer a adequada proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas.

4 AS PROIBIÇÕES DO ARTIGO 39 E O EXAME DO PROGRAMA NORMATIVO, DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DA CONCRETIZAÇÃO DA NORMA

O artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor, disciplina, nos seus treze incisos, um rol exemplificativo do que se considera prática comercial abusiva. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin²³² (2011, p. 379), recorda que: “O presidente da República, cedendo nesse ponto ao poderoso *lobby* empresarial contrário ao CDC, vetou o então inc. X do teto legal, que dispunha: praticar outras condutas abusivas”. Mas, o veto não resultou em nenhum prejuízo à compreensão, porque são reconhecidos duas importantes “janelas ampliativas (cláusulas gerais), que permaneceram no Código (artigos 6º, inciso IV e 39, incisos IV e V), garantindo-se, assim, que o rol de práticas abusivas estivesse legalmente posto de maneira exemplificativa”.

Apesar de enumerar treze incisos no artigo 39 do texto de proteção ao consumidor, são apenas doze as prescrições legais do que se considera, de forma exemplificativa, práticas comerciais abusivas. Nas dozes prescrições, concordamos o autor que duas disposições do artigo 39, do CDC, são cláusulas gerais, mais especificamente, os incisos IV e V, do artigo comentado.

Na elaboração do programa normativo das práticas comerciais abusivas, a interpretação histórica permitiu identificar que as disposições relacionadas à venda casada, à imposição de limites quantitativos (artigo 39, inciso I), à recusa de atendimento (artigo 39, incisos II e IX), à colocação no mercado de consumo de produto ou serviço em desacordo com normas expedidas por órgãos competentes (artigo 39, inciso VIII) e a elevação de preço sem justa causa (artigo 39, inciso X), também estão previstas, com algumas pequenas alterações, em textos de lei anteriores, mais especificamente na Lei n. 1.521, de 1951, Lei n. 8.137, de 1990 e a Lei Delegada n. 4, de 1962.

Do mesmo modo, foi possível verificar que outras seis disposições, previstas nas citadas leis e também na Lei n. 12.299, de 2010, o denominado Estatuto do Torcedor, estabelecem prescrições que podem ser consideradas na

²³² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 379.

elaboração do texto normativo do artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Embora não tenha sido analisado porque ficaria fora do propósito deste trabalho, é importante registrar a relevância e a pertinência do tema da privacidade e da proteção de dados nas relações de consumo. Laura Schertel Mendes²³³ (2014, p. 141), registra que:

A primeira lei que tratou da privacidade e da proteção de dados pessoais de forma moderna e com vistas a lidar com as novas tecnologias de processamento de dados foi, certamente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).

Uma outra importante observação da autora é que “qualquer registro de dados pessoais deve se submeter ao crivo de legalidade” e o fundamento para tanto é o que prevê que bancos de dados e cadastros possuem natureza pública. Isto implica que:

Esse dispositivo acarreta, ao final, a impossibilidade de se argumentar que determinada coleta de dados será utilizada para fins estritamente particulares, não estando submetida à legislação; pelo contrário, qualquer armazenamento de dados pessoais, por se referir à personalidade do consumidor, não diz respeito à esfera empresarial apenas, mas sim ao público e, portanto, a ele se aplica o regime constitucional e legal.²³⁴

O regime de ordem pública das relações de consumo, consoante previsto no art. 1º, *caput*, da lei de proteção ao consumidor, e o eventual descumprimento dos limites estabelecidos pelo regime de proteção de dados nas relações de consumo, veiculados no artigo 43, ensejarão a sua integração ao programa normativo das práticas comerciais abusivas. Será necessário, entretanto, o caso jurídico, para que o programa da norma e o âmbito da norma sejam concretizados e resultem na norma de proteção do consumidor contras as práticas comerciais abusivas.

²³³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 141.

²³⁴ *Ibidem*. p. 141

4.1 A venda casada nas relações de consumo e a imposição de limites quantitativos na comercialização de produtos e serviços

A venda casada é considerada uma prática comercial abusiva e está prevista no artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. A conduta proibida consiste na impossibilidade de o fornecedor condicionar a venda de produto ou a prestação de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço.

Cumpra ainda observar que, apesar de o texto de lei de defesa do consumidor estabelecer duas modalidades de condicionamento²³⁵, para a elaboração do programa normativo será considerada apenas a primeira parte do enunciado, que trata da venda casada. A segunda parte prevê a figura do condicionamento quantitativo de produtos ou serviços e será tratada no 4.2, deste capítulo.

Para Claudia Lima Marques²³⁶ (2014), na prática da venda casada, o fornecedor faz prevalecer “sua superioridade econômica ou técnica para determinar condições negociais desfavoráveis ao consumidor”.

São situações em que o consumidor não possui condições para fazer frente às imposições do fornecedor, restando evidente a sua condição de vulnerabilidade. É ela, a vulnerabilidade, que propicia o excesso e o abuso. Do mesmo modo, a imposição de condições negociais desfavoráveis ao consumidor viola o dever objetivo de boa-fé dos contratantes nas relações de consumo. O princípio da boa-fé, previsto no artigo 4º, inciso III, do CDC, estabelece um limite para as atividades de ambos os contratantes e, neste caso, especialmente, ao fornecedor do produto ou serviço. Do mesmo modo, a previsão em texto de lei da proibição, autoriza-nos depreender que há violação à proporcionalidade e à equidade da relação, além do descumprimento da função social e econômica do contrato de consumo.

Na elaboração do programa normativo, a interpretação histórica permite investigar a origem e a causa do instituto. No caso brasileiro, a venda casada foi

²³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²³⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book baseada na 7.ed.

tratada no artigo 11, da Lei Delegada n. 4, de 1962. Sua principal aplicação estava relacionada ao controle de preços e inseria-se no modelo de combate ao processo inflacionário. Uma vez estabelecido o preço do produto, o fornecedor não poderia comercializá-lo sem o seu cumprimento, o que resultava em drástica ou impactante redução da margem de lucro do fornecedor. Para compensar a perda, inúmeros artifícios eram utilizados e, dentre eles, a venda casada. Era o famoso caso da venda do pão francês, que tinha o preço tabelado, somente se o consumidor comprasse o leite. Como o comerciante não podia aumentar o seu preço²³⁷, a margem de lucro seria mantida com o leite.

Atualmente, são poucos os produtos controlados pelo governo, por isso, podemos afirmar que a regra geral consiste na liberdade de preços. Assim, a questão da abusividade da venda casada relaciona-se com a liberdade de escolha do consumidor, que não pode ficar obrigado a consumir produtos ou serviços que não lhe interessam.

Na doutrina estrangeira, a figura da venda casada é tratada de forma distinta, o denominado “*tying*”. No caso da Comissão Federal de Comércio²³⁸ (FTC), há o reconhecimento de que a venda casada pode trazer benefícios para o consumidor, pois há fatores como a conveniência de comprar muitos produtos de uma única vez, ou ainda, a possibilidade de redução dos custos com a embalagem, a entrega e a promoção de produtos. Porém, do mesmo modo que reconhece os benefícios, há a ponderação em relação aos consumidores que preferem adquirir os produtos de forma separada, o que precisa ser assegurado. Na perspectiva concorrencial, a venda casada pode ser utilizada para obter ganhos em mercados onde a empresa não é dominante, pois a venda forçada permite introduzir e alavancar um segundo produto. Outra observação importante é que, nestes casos, é usual que o segundo produto seja o menos desejável pelo consumidor. Quando a venda casada é realizada por fornecedores que detêm mercado relevante, ela pode

²³⁷ Vide o Projeto de Lei n. 579, de 1979, do Deputado Francisco Libardoni, que declara na justificção do projeto, o controle de preços do pão francês. “Além do pão francês, cujo preço é tabelado pela SUNAB, as padaria e panificadoras sempre foram a autorizadas a produzir e vender, por preços fora do tabelamento, pães especiais, com formato alongado ou de bisnaga, com ou sem cortes ou pestanas”. Anexo. Doc. 2

²³⁸ Página eletrônica da Comissão Federal de Comércio: Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/tying-sale-two-products>>. Acesso em: 10 nov.2016

configurar uma violação das leis de defesa da concorrência. Apesar de a Suprema Corte considerar a venda casada ilegal, as Cortes estaduais têm considerado sua legalidade, o que indica uma alteração do regime de abusividade.

Na União Europeia, foi elaborado o relatório²³⁹ sobre a venda casada e outras práticas potencialmente desleais no setor de serviços financeiros, em 2008. Coordenado pelo Centro de Estudos de Políticas para a Europa, o estudo revelou que oito países decidiram adotar ações para restringir a venda casada: Bélgica, França, Irlanda, Portugal, Eslováquia, Hungria, Polônia e Dinamarca. Dezesesseis países da União Europeia não possuem medidas específicas para a venda casada. São eles: Itália, Espanha, Áustria, República Checa, Estônia, Alemanha, Grécia, Malta, Reino da Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Romênia, Eslovênia e Suécia. A Holanda e o Reino Unido também não possuem nenhuma medida, apesar de realizar amplos debates para estabelecer a proibição da venda casada.

A preocupação com a venda casada, registrada no relatório citado, concentra-se na natureza exploratória da conduta para o consumidor e, não necessariamente, no impacto excludente da prática, isto é, em seus aspectos concorrenciais. A natureza exploratória pode levar os consumidores a contratações forçadas, isto é, aquelas que não interessam ao consumidor. Reconhece-se, também, que a venda casada aumenta os custos da mobilidade do consumidor, que fica atrelado ao produto ou serviço contratado, e também reduz a transparência dos preços, o que dificulta a comparabilidade das ofertas.

A impossibilidade ou extrema dificuldade de o consumidor comparar os pacotes de serviços também foi enfrentada no Brasil no caso dos pacotes de produtos e serviços bancários de conta corrente. Era muito difícil para o consumidor comparar os pacotes de benefícios oferecidos pelos bancos, pois havia inúmeros produtos contemplados e, na maioria dos casos, não correspondiam à oferta do banco concorrente. Tal medida obrigou a autoridade do Banco Central a editar uma

²³⁹ Centre for European Policy Studies. Tying and other potentially unfair commercial practices in the retail financial service sector. Final Report, November 2009.

resolução²⁴⁰ que pré-estabelecia os serviços de cada pacote, com vistas a facilitar a comparação dos consumidores.

De outro lado, o citado relatório reconhecia os benefícios para o mercado, pois possibilitava a redução de custos por meio da economia de escopo, permitia uma precificação mais eficiente e com importante redução dos custos de transação, o denominado “*one-stop-shop*”.

No caso brasileiro, a venda casada realizada nas relações de consumo não admite exceções. O texto da lei estabelece os limites para a interpretação e para a elaboração do programa normativo. Não há previsão expressa de nenhuma exceção, e a regra precisa ser observada como um limite necessário estabelecido pelo texto da lei. Neste sentido, Claudia Lima Marques²⁴¹ (2014) sustenta que: “[...] no inciso I do art. 39 apenas os limites quantitativos podem ser valorados como justificados ou com justa causa”, ou seja, a venda casada não suporta exceções.

O exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permitiu identificar 25 acórdãos que fundamentaram a decisão com base no artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. São casos que tiveram sua tramitação entre 2001 e 2013. Os recursos especiais interpostos estão distribuídos da seguinte forma: 2001 – apenas um recurso²⁴²; 2005 – dois recursos²⁴³; 2006 – dois recursos²⁴⁴; 2007 – quinze recursos²⁴⁵; 2008 – três recursos²⁴⁶; e 2009 e 2013²⁴⁷ – apenas um recurso cada. Numa perspectiva temática, dezesseis casos estão relacionados diretamente à questão da assinatura básica, sendo que, em 2006 foram dois casos; em 2007, doze casos; e em 2008, mais dois casos. Se considerarmos as datas de julgamento dos Recursos Especiais, teremos, em 2007, treze casos julgados, sendo que doze deles dizem respeito à limitação quantitativa,

²⁴⁰ Conselho Monetário Nacional editou a Resolução n. 3.919, de 25 de novembro de 2010, que disciplinou a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras.

²⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book baseada na 7.ed.

²⁴² REsp. n. 384.284 – RS.

²⁴³ REsp. n. 744.602 – RJ e REsp. n. 804.202 – MG.

²⁴⁴ REsp. n. 911.802 – RS e REsp. n. 979.220 – RS.

²⁴⁵ REsp. n. 919.203 – SP, REsp. n. 939.897 – RS, REsp. n. 951.500 – PB, REsp. n. 955.745 – SP, REsp. n. 961.376 – RS, REsp. n. 973.015-RS, REsp. n. 974.728 –RS, REsp. n. 975.425 – MG, REsp. n. 979.501 – PB, REsp. n. 988.749-RJ, REsp. n. 993.511 – MG, REsp. n. 1.010.429 – PB, REsp. n. 1.004.608 – MG, REsp. n. 1.009.682 – MG e REsp. n. 968.357 – MG.

²⁴⁶ REsp. n. 1.032.488 – PB e REsp. n. 1.037.915 – SP.

²⁴⁷ REsp 1.161.411 – RJ e REsp 1.397.870 – MG.

ao problema da assinatura básica de telefonia fixa. No ano de 2008, teremos oito casos julgados, sendo quatro de limitação quantitativa, também de telefonia fixa. Nos anos de 2009, 2011, 2013 e 2014, um caso respectivamente a cada ano, sendo que nenhum deles refere-se à limitação quantitativa de telefonia.

Os casos de assinatura básica, discutidos em razão do artigo 39, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, estão relacionados à imposição de limites quantitativos, pois exigem que o consumidor contrate um pacote mínimo – 90 pulsos, sem que, necessariamente, ele venha a utilizá-los. Eles serão tratados no próximo item, específico para a imposição de limite quantitativo.

Na análise do Recurso Especial n. 384.284 – RS, comentado no início deste trabalho, a Corte Superior de Justiça aplicou o disposto no artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor e considerou a exigência de aquisição de refrigerantes para que pagamento do combustível fosse parcelado. Como visto inicialmente, o texto da lei de proteção do consumidor não veicula todos os elementos necessários para a sua concretização. No caso, a decisão concretizou, muito adequadamente, em nossa opinião, a norma de proteção do consumidor.

No paradigma pós-positivista, o programa da norma é composto pelo texto da lei e sua interpretação gramatical, histórica e sistemática. No caso jurídico analisado, o texto da lei (artigo 39, inciso I, do CDC) proíbe a venda casada, isto é, o condicionamento de produto à aquisição do serviço. Na definição do âmbito normativo encontraremos os outros elementos apresentados pelo caso jurídico que são determinantes para a concretização da norma.

Não havia na conduta do posto de gasolina uma venda casada realizada de forma direta, como conhecida tradicionalmente. Havia uma sofisticada variação, pois o condicionamento não estava diretamente na relação entre o refrigerante e o combustível (gasolina), mas na forma dilatada de pagamento ofertada ao consumidor. O prazo para o pagamento foi o elemento atrativo e condicionante para o consumidor. Para auferir o benefício, o consumidor deveria adquirir, ainda que não pretendesse, o refrigerante na loja do posto de combustível.

São elementos pertinentes para realização – concretização do programa normativo – o caso jurídico e os elementos que compõem a sua realidade, nem sempre possível de ser capturada pelo texto de lei. A compra do refrigerante não

guarda qualquer relação com a compra do combustível, o que acentua o excesso cometido pelo fornecedor, além do cerceamento da liberdade de escolha do consumidor (artigo 6º, inciso II, do CDC).

Por isso, a concretização da proteção do consumidor conta as práticas comerciais abusivas se fez necessário, afastando a venda casada e assegurando ao consumidor uma relação harmônica e sem violação de seus direitos.

O r. Acórdão, ainda, enfrentou o fato de a dilação do prazo para pagamento do consumidor ser uma liberalidade da empresa, mas asseverou que “não o exime de observar as normas legais que visam coibir os abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da reconhecida vulnerabilidade do consumidor”. Outro importante registro concretizado na norma do artigo 39, inciso I do CDC foi a interpretação realizada: “a venda (ou melhor, fornecimento) casada é avessa à justa causa; dito de outra forma, é prática inexoravelmente abusiva, por mais que se busquem pretextos criativos para legitimá-la”.

No conceito elaborado para as práticas comerciais abusivas foi possível examinar, ainda que sucintamente, o modelo do Direito Comparado e, em especial, o norte-americano. Nele ficou bastante evidente a preocupação com a existência do dano como elemento necessário da prática comercial desleal. Como visto, na experiência brasileira, o texto da lei de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas não exige a figura do dano substantivo. No entanto, a figura do dano é a exteriorização da vantagem indevidamente apropriada pelo fornecedor que comete o abuso, a prática comercial abusiva. A vantagem econômica representa um forte incentivo para que o fornecedor ultrapasse os limites da relação de consumo e acabe por cometer o abuso. Assim, como havíamos pontuado, seria muito importante acrescentar ao conceito de prática comercial abusiva, a declaração da vantagem como sendo indevida e a perda dos valores ou da vantagem percebida com o abuso, na esfera individual, mas, sobretudo, na esfera coletiva dos consumidores.

A efetividade da norma e a concretização só serão realizadas se, além do caso individual, assegurar-se o direito violado. Nas relações massificadas, reputa-se fundamental e obrigatório assegurar o interesse da coletividade dos consumidores,

inclusive daqueles que não tiveram a oportunidade de demandar em juízo, ou sequer tiveram acesso a ele. Por isso, nos casos em que a norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas for concretizada, reputa-se fundamental assegurar a perda dos valores ou vantagem indevida auferida pelo fornecedor. Trata-se do cumprimento do direito previsto como básico do consumidor, a disposição constante do artigo 6º, inciso VI, do CDC, que exige a efetiva prevenção de danos, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, patrimoniais ou morais.

4.2 A imposição de limite quantitativos na comercialização de produtos e serviços

A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas estabelece um limite para a conduta do fornecedor. Ele não pode condicionar a venda de um produto ou a contratação de serviço a um limite quantitativo, por ele estabelecido. Excepcionalmente, pode existir uma quantidade mínima determinada, porém, é necessário que o fornecedor apresente justificativa²⁴⁸ aderente ao regime jurídico das relações de consumo.

Na paradigma pós-positivista, é importante não confundir texto da norma com a norma, assim como, elaborar, mediante metódica da Teoria Estruturante do Direito, o programa da norma, o âmbito da norma e proceder à sua concretização, mediante caso jurídico, podendo ser este concreto ou abstrato.

No caso, interessa examinar duas perspectivas. A primeira, abstrata, relacionada à comercialização de produtos em quantidades pré-determinadas pelo fabricante como, por exemplo, no caso da venda de iogurte em embalagens de seis ou oito unidades. Na segunda perspectiva, será examinado o emblemático caso da assinatura básica da telefonia fixa, que repercutiu de forma expressa no mercado de consumo brasileiro.

²⁴⁸ Vide BENJAMIN, Antônio H. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. “Na segunda hipótese, a condição é quantitativa, dizendo respeito ao mesmo produto ou serviço objeto do fornecimento. Para tal caso, contudo, o Código não estabelece uma proibição absoluta. O limite quantitativo é admissível desde que haja ‘justa causa’ para a sua imposição, por exemplo, quando o estoque do fornecedor for limitado. A prova da excludente, evidentemente, compete ao fornecedor.”

A venda do produto lácteo em bandejas de seis ou oito unidades foi um caso importante porque, como as unidades são destacáveis, havia sempre uma indagação se seria possível fracionar o conjunto e adquirir apenas uma unidade. Na reportagem da Rádio Câmara²⁴⁹, a informação veiculada era:

Você sabia que pode comprar apenas um iogurte ao invés de uma bandeja com seis potinhos? Ou comprar um rolo de papel higiênico ou uma caixa de fósforo sem ter que levar o resto do pacote? Sim, você pode, e na verdade este seria o correto. Entrar em um supermercado varejista e comprar tudo na quantidade que você deseja, e não ter que comprar produtos em pacotes e bandejas, a chamada venda casada. Este tipo de venda é proibido nas legislações brasileiras e todo estabelecimento varejista é obrigado a vender produtos unitários.

O exame do programa normativo do artigo 39, inciso I, do CDC, prevê a possibilidade de o fornecedor apresentar uma justificativa para a comercialização do produto em uma determinada quantidade. O exame histórico da imposição de limites quantitativos encontra redação similar na Lei Delegada n. 4, de 1962, no artigo 11, alínea “i”: “Art. 11. i) subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta;”. Embora não prevista na redação de 1962, a proibição só veio disciplinada pela Lei n. 7.784 de 1989, antes, portanto, da aprovação do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei Delegada n. 4 de 1962 era regulamentada pelas portarias da extinta Superintendência de Abastecimento e Preços – SUNAB. As condutas que ficavam sujeitas à aplicação de multas, especialmente aquelas previstas no artigo 11 e suas alíneas, foram disciplinadas pela Portaria SUNAB²⁵⁰ n. 4, de 22 de abril de 1994. No artigo 21, do texto revogado, havia previsão que: “Art. 21. Nos casos de promoção, poderá haver limitação de oferta por cliente, desde que o objetivo seja beneficiar o consumidor”. Ou seja, havia uma regulamentação que reconhecia a possibilidade de o fornecedor realizar uma promoção e restringir a quantidade de produtos que o consumidor poderia adquirir.

²⁴⁹ Rádio Câmara, reportagem veiculada no dia 08/09/2005. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEMESPECIAL/331246_CÓDIGO-DE-DEFESA-DO-CONSUMIDOR--DICAS-PARA-O_CONSUMIDOR--\(-06'-25%22\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEMESPECIAL/331246_CÓDIGO-DE-DEFESA-DO-CONSUMIDOR--DICAS-PARA-O_CONSUMIDOR--(-06'-25%22).html)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²⁵⁰ BRASIL. SUNAB. Portaria Sunab nº 4, de 22 de abril de 1994, publicada no Diário Oficial da União de 26.04.94. “Art. 21 - Nos casos de promoção, poderá haver limitação de oferta por cliente, desde que o objetivo seja beneficiar o consumidor. Parágrafo único - O estabelecimento deverá manter em lugar visível e de fácil leitura informação da quantidade máxima limitada por cliente.

Embora revogada, a justificativa pode ser considerada na elaboração do programa da norma que estabelecerá a interpretação do sentido e do alcance da expressão “justa causa”. Importante registrar, neste caso, que apenas diante do caso jurídico será possível examinar se há efetivamente benefício ao consumidor. É necessário que os elementos estejam presentes e possam ser verificados, pois, o fato concreto é que permite interpretar o texto e concretizar a norma. Assim, por exemplo, no caso de limitação de promoções de venda de produto alimentícios num supermercado, a restrição pode beneficiar um maior número de consumidores, em detrimento de outros que pretendem adquirir o produto para revendê-lo. Do mesmo modo, não seria possível estabelecer a restrição se sabidamente a condição do consumidor exigisse o consumo em quantidade maiores, como nos casos de consumidores que vivem em áreas rurais e a compra ocorre mensalmente ou numa periodicidade mais ampla.

A existência do parâmetro histórico não soluciona o caso da compra de iogurte de forma fracionada. Torna-se possível considerar a limitação das ofertas, restringindo a aquisição do consumidor em quantidades maiores. Não se obriga o consumo em quantidades indesejáveis, como no caso alegado do iogurte que, inclusive pode ser ampliado para outras situações, conforme se depreende da reportagem apresentada.

A venda fracionada do iogurte, embora possa atender ao interesse de alguns consumidores, pode representar uma perda para a coletividade. O exame, neste momento, não está no programa da norma, porque seus elementos estão definidos. Trata-se, agora, do exame do âmbito da norma, isto é, dos elementos não linguísticos que permitirão compreender a norma, ou seja, a necessidade de sua concretização. Em outras palavras, a conduta será proibida e considerada abusiva se ocorrer a compreensão de que o programa da norma e o âmbito da norma correspondem ao resultado final que se pretende, a proteção do consumidor.

No âmbito da norma, é possível examinar inúmeros elementos que dizem respeito ao caso jurídico. A escolha da quantidade unitária de produtos que integrarão o pacote ofertado ao consumidor é uma decisão empresarial do fabricante, ou mesmo do produtor. É assim porque mantém uma correlação direta com o custo da produção, a rentabilidade esperada do produto e todo o processo de

escolha das estratégicas de comercialização. Trata-se, em outras palavras, do exercício da livre iniciativa, prevista no artigo 170 da Constituição da República.

A possibilidade de o consumidor fragmentar o produto comercializado, no caso, o iogurte oferecido em bandejas com seis unidades, nos locais de comercialização, com fundamento no artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, poderia representar uma intervenção na economia. Rosa Maria de Andrade e Nery e Nelson Nery Junior²⁵¹ (2015) asseveram que:

A intervenção estatal na economia, portanto, é admitida de forma excepcional, como meio para construção jurídica e democrática do Estado. A Constituição não adota modelo econômico pronto e acabado, estático. Nessa perspectiva, de ausência de dirigismo econômico, é que os princípios econômicos constitucionais contidos no artigo 170 e seguintes devem ser entendidos. É o que se espera da ordem econômica informada pela livre iniciativa (CF 170).

O Regulamento Técnico Mercosul²⁵² sobre conteúdos líquidos de produtos pré-medidos, MERCOSUL/GMC/RES. N. 31/07, estabelece, no seu anexo, uma relação de produtos que têm, determinada pelo Estado, a quantidade exata para a sua comercialização. Por exemplo, no caso de azeites, a quantidade de 100 cm³, 200 cm³, 250 cm³, 500 cm³, 750 cm³, 900 cm³, 1 L, 1,5 L e 2L. Isto significa que o fabricante não pode comercializar o azeite em uma embalagem de 120 cm³, 150 cm³, ou qualquer outra medida estabelecida pelo Estado.

O programa da norma da imposição de limites quantitativos foi elaborado a partir do artigo 39, inciso I, da lei de proteção do consumidor. Ela veicula uma regra, que é a proibição da imposição de limites quantitativos para o consumidor. Isto é, deve ser assegurado o direito de o consumidor adquirir ou contratar apenas a quantidade desejada de produtos ou serviços. Sendo prática comercial abusiva, veiculada pelo texto da lei, é possível depreender que ela se prevalece da vulnerabilidade do consumidor para impor o consumo de quantidade não desejada e, por isso, viola do preceito da boa-fé. A exigência é desproporcional, não equitativa e tampouco cumpre com a sua função social ou econômica. E do mesmo modo,

²⁵¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. 1. Livro eletrônico.

²⁵² Regulamento Técnico Mercosul – MERCOSUL/GMC/RES. Nº 31/07, incorporado mediante Portaria Inmetro nº 153, de 2008. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/PDF/atas/comissao_metrologia/agregado-V-ES.pdf> Acesso em: 14 out. 2016.

quando concretizada diante do caso jurídico, o resultado econômico ou a vantagem auferida, não poderão ser aproveitadas, devendo ressarcir os eventuais prejuízos dos consumidores individuais e a coletividade.

O âmbito da norma, diante do caso jurídico suscitado, resulta em duas questões: a situação em que o consumidor pretende adquirir produtos em promoção e o comerciante estabelece como limitação uma quantidade máxima para aquisição. Na outra situação, o consumidor pretende fracionar e adquirir apenas um pote de iogurte de uma embalagem com seis unidades.

No primeiro caso, a realização da promoção, torna-se necessário reexaminar o programa da norma da prática comercial abusiva. Nela é possível notar que a previsão da imposição de limites quantitativos subsistente em outra norma em vigor; que sua regulamentação, apesar de revogada em razão da extinção do órgão responsável pela sua aplicação, apresentava a possibilidade de limitação; e que a limitação seria possível se resultasse em benefícios para o consumidor. Como se trata de um caso jurídico abstrato, nem todos os elementos restam claros para a decisão. Porém, é possível afirmar que a limitação terá uma justa causa se ela resultar em benefícios para os consumidores. É necessário examinar os elementos presentes para que se concretize a norma de proteção ao consumidor. Se a promoção e, portanto, a limitação assegura que mais consumidores possam aproveitar o preço promocional do produto, não haveria necessidade de proteção e, por isso, a norma não seria concretizada.

No segundo caso, a possibilidade de fragmentação do produto – o iogurte –, foi possível constatar, na elaboração do programa da norma, que a justa causa seria o regime constitucional da livre iniciativa que, apesar de dialogar com o princípio da defesa do consumidor (artigo 170, inciso V, da CF), estabelece, segundo a doutrina, o regime da liberdade de o fabricante e produtor elaborarem seus produtos, desde que, de acordo com as leis e regulamentos existentes. No exame das leis e regulamentos, foi possível notar que tal interpretação é aderente ao regime jurídico existente, isto é, subsiste a possibilidade de o fabricante e o produtor definirem a quantidade de produtos elaborados, salvo no caso daqueles regulados pelo Mercosul. Nesse caso, a liberdade não poderá ser exercida, devendo ser cumpridos os limites quantitativos e métricos nos termos da resolução editada.

No sentido contrário, podemos verificar que, na ausência da resolução, seria possível o fornecedor estabelecer o quantitativo do seu produto sem que ocorra lesão ao consumidor. Não se trata, evidentemente, de uma compreensão absoluta. Sempre é necessário examinar o caso concreto e, a partir dele, mediante o programa normativo e o âmbito da norma, realizar a concretização da norma de proteção ao consumidor. Apenas para concluir, a possibilidade de fragmentação dos produtos em lojas do varejo poderia causar, ao contrário do que se pretende, danos aos consumidores, pois se perderia o sentido de integridade dos produtos, resultando em prejuízos e desperdícios que seriam suportados por toda a sociedade. Com isto, apesar da vulnerabilidade estar presente, não haveria ofensa à boa-fé, à equidade, à proporcionalidade ou mesmo à função econômica ou social da relação.

O caso da obrigatoriedade de pagamento da assinatura básica da telefonia fixa foi o tema mais debatido judicialmente em relação à aplicação do artigo 39, inciso I, do CDC, na Corte Superior de Justiça, conforme critério de pesquisa realizada neste trabalho. Foram identificados dezesseis casos, num total de vinte e cinco acórdãos, julgados ao longo de doze anos de jurisprudência pesquisada.

O acórdão emblemático que se tornou precedente e foi citado nos julgados subsequentes decorre do julgamento do Recurso Especial n. 911.802 – RS. Na ementa lavrada, é possível afirmar que não configura ofensa ao Código de Defesa do Consumidor a cobrança da assinatura básica de telefonia:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA DE "ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL". NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES N. 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES N. 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI N. 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE ADMITINDO O PAGAMENTO DE TARIFA MÍNIMA EM CASOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Para a Corte Superior de Justiça²⁵³, a assinatura do serviço cobrada é legal e está prevista no contrato celebrado pelo consumidor. A necessidade de manter o serviço de forma ininterrupta é o que justifica, entre outros argumentos, a cobrança dos valores do consumidor, ainda que ele não tenha utilizado o serviço. A legalidade²⁵⁴ da tarifa encontra fundamento na competência para o órgão regulador – Anatel, nos termos do artigo 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 1997. Não há abuso do direito do consumidor porque há amparo legal para cobrança dos valores e a natureza do serviço – contínuo e ininterrupto – exige a devida remuneração pelos consumidores. De forma substantiva, a abusividade é afastada nos seguintes termos:

21. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, que possibilita vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a cobrança da assinatura básica da telefonia fixa, isto é, a exigência de o consumidor adquirir determinada franquia de

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 911.802 - RS (2006/0272458-6)*
Relator: Ministro José Delgado. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_servico_publico/R_esp911802-RS%20-%20Assinatura%20Basica%20-%20Telefonia.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.
“[...] 16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.”

²⁵⁴ *Ibidem*. “ [...] 20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3o e 4o, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.”

pulsos, ainda que não venha utilizar, foi considerada uma prática legal, não sendo concretizada a norma de proteção do consumidor contras as práticas comerciais abusivas. Entretanto, o voto-vista do Ministro Herman Benjamin foi contundente e concluiu que: 1. A cobrança da assinatura básica é ilegal porque não está prevista e autorizada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), não sendo possível a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, estabelecer a obrigatoriedade na Resolução; 2. Ainda que não exista a violação à Lei Geral de Telecomunicações (LGT), entendeu o e. Ministro que havia violação ao artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. A razão é que havia a obrigatoriedade de o usuário adquirir a franquia de pulsos, ainda que não fosse seu interesse; 3. Entendeu, ainda, haver violação do artigo 51, §1º, inciso I do CDC porque houve ofensa aos princípios do sistema jurídico a que pertence, no caso, o regime das telecomunicações, previsto na LGT, especificamente, os princípios do amplo acesso ao serviço, a garantia de tarifas e preços razoáveis e a vedação da discriminação; 4. Outra interpretação realizada foi a caracterização da excessiva onerosidade imposta ao consumidor, ao exigir a quantia considerável de cerca de 10% do salário mínimo apenas pela oferta do serviço, ainda que o consumidor não venha utilizar a franquia; e, por fim, 4. Demonstra o desequilíbrio da relação contratual, pois onera excessivamente o consumidor e proporciona uma “arrecadação extraordinária às concessionárias (cerca de treze bilhões de reais por ano, conforme consta da página eletrônica da ANATEL) “.

É possível, assim, constatar que os elementos conclusivos apresentados no voto-vista colidem de modo frontal com a construção elaborada para afastar a aplicação do texto de lei de defesa do consumidor. Embora a matéria tenha sido decidida, importante analisar o julgado à luz do paradigma pós-positivista, segundo a Teoria Estruturante do Direito de Müller. O programa da norma de proteção do consumidor contra a imposição de limites quantitativos apresenta como regra geral a impossibilidade de ofender a liberdade de escolha do consumidor. A obrigação de realizar o pagamento do serviço sem que exista a necessidade ou o interesse do consumidor é uma violação dos seus direitos e exige a adequada proteção do Estado. Como visto, o programa da norma também comporta uma exceção, a justa causa, para que possa, legitimamente, ocorrer a imposição quantitativa do serviço.

A legalidade da cobrança foi elemento central na sustentação da possibilidade da conduta do fornecedor. É ela que afasta a abusividade e a necessidade da proteção do consumidor. No entanto, no exame do âmbito da norma, diante do caso jurídico, entendeu o e. Ministro Herman Benjamin que, apesar de prevista a possibilidade de a agência reguladora fixar os valores do serviço prestado, com fundamento numa cláusula geral de preço, ela não poderia inaugurar a ordem jurídica com novas modalidades de cobrança não previstas na lei. Nos dizeres do e. Ministro²⁵⁵:

A tarefa do órgão regulador se resume, pois, na prática de ato *administrativo* de preenchimento monetário dos preços e tarifas pela prestação de serviço *legal e previamente* reconhecido: no caso dos autos, isso significa a prestação do serviço de *transmissão, emissão ou recepção por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza* (art. 60, §1º, da LGT). Nada mais.

Nota-se que há uma distinção necessária entre fixar preços e tarifas dentro das modalidades ou categorias veiculadas por lei e a possibilidade de estabelecer, de forma inovadora, novas categorias de serviços e imputá-las ao consumidor. Ainda, no voto-vista, constata-se que não há previsão da cobrança de tarifa de assinatura básica em nenhuma lei. A previsão está restrita aos atos regulamentadores da atividade.

A inexistência da previsão legal para realização da cobrança é o ponto controvertido no r. Acórdão. Todavia, a Corte Superior de Justiça decidiu pela legalidade da cobrança e, portanto, pela não abusividade da conduta do fornecedor.

O exame do âmbito normativo, neste caso, permite notar que argumentos relevantes e decisivos estavam relacionados com a segurança jurídica da regulação e os limites e competências do órgão regulador. É possível também extrair dos r. votos proferidos que a disponibilidade e comodidade do serviço de telecomunicação na casa do consumidor não permitiria a ele ficar isento do seu pagamento. Neste

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 911.802 - RS (2006/0272458-6)*
Relator: Ministro José Delgado. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_servico_publico/Resp911802-RS%20-%20Assinatura%20Basica%20-%20Telefonia.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

sentido, e de modo bastante direto, a e. Ministra Eliana Calmon, no seu voto²⁵⁶ consignou que:

Entendo que não há como aceitar a ideia de não ser exigida uma contraprestação por parte dos consumidores pela comodidade de ter um ramal telefônico à sua disposição na sua própria residência, podendo livremente fazer e receber chamadas a partir desse ponto a qualquer hora do dia ou da noite. Não pode esse ônus ser assumido unicamente por quem fez enormes investimentos para oferecer tais serviços à população e conta com a obtenção de uma receita compatível com os custos desses investimentos, em ambiente inteiramente regulado pelo órgão público legitimado.

O exercício regulamentador dispensado pelo órgão de telecomunicações não considerou o regime previsto no texto de lei de proteção ao consumidor. Não se questiona a possibilidade da cobrança pelo serviço prestado, mas sim, a forma como ela foi implementada, com imposição ao consumidor da contratação de um pacote de pulsos, ainda que não necessite, ou não pretenda utilizá-los.

A controvérsia suscitada sobre a competência da Agência Reguladora e a necessidade de reafirmá-la judicialmente, não apenas torna evidente sua fragilidade diante do processo regulador, mas revela que sua debilidade decorre de decisões que não se coadunam com o Estado Constitucional.

Não era necessário, nem possível, afrontar o texto da lei de proteção ao consumidor. Não se poderia, tampouco, deixar de proteger os mais vulneráveis. Conforme consignado no voto do e. Ministro Herman Benjamin, a assinatura básica acaba por provocar um subsídio cruzado, com “uma externalidade socialmente injusta”, pois, o cidadão pobre que procura economizar e utilizar pouco o telefone, acabará sustentando os minutos/pulsos dos consumidores mais abastados. Para ele:

[...] a cobrança de uma tarifa fixa das pessoas mais pobres, que pouco utilizam o serviço, acaba por representar um perverso e regressivo subsídio em favor dos mais ricos. Só o exercício, pela ANATEL, de seu dever-poder de controlar e estruturar a política de preços, sempre assegurando a equação financeira dos contratos, tem condições de resolver essa distorção. É para isto, e só para isto, que existe autoridade reguladora: para resguardar o consumidor, sobretudo os hipervulneráveis e os mais

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 911.802 - RS (2006/0272458-6)*
Relator: Ministro José Delgado. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_servico_publico/R_esp911802-RS%20-%20Assinatura%20Basica%20-%20Telefonia.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016, voto da Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon. p. 91.

afastados – física, social e economicamente – do centro do mercado de consumo.

O âmbito da norma de proteção ao consumidor, diante do caso jurídico, apresenta elementos fundamentais para compreensão e, portanto, interpretação do programa normativo de proteção ao consumidor. A prática comercial de cobrança de assinatura básica de telefonia fixa, com a devida vênua ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não poderia ser afastada. A prática comercial é abusiva porque se prevalece da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé necessária nas relações de consumo, sobretudo quando o serviço é uma concessão de serviço público, de interesse de toda coletividade, não cumpre a equidade e a proporcionalidade e, tampouco, a função econômica e social do contrato. Trata-se, na nossa opinião, de prática comercial abusiva e ensejaria a avaliação dos resultados obtidos que poderiam ser considerados indevidos, em razão da abusividade, e por isso, restituído aos consumidores, no âmbito individual e coletivo.

Pode haver outros elementos a serem considerados no âmbito da norma, que apenas o caso concreto permitiria examinar, dada a complexidade do tema. No entanto, a concretização da norma parece necessária, em razão dos relatos apresentados no v. Acórdão.

4.3 A recusa de venda de produtos e a prestação de serviços

A recusa do atendimento às demandas dos consumidores é considerada prática comercial abusiva, conforme prescreve o artigo 39, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Para a elaboração do programa normativo da recusa de atendimento à demanda do consumidor, é necessário iniciar pela prescrição do texto da lei. O artigo 39, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, enuncia que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, “Art. 39, II – recusar o atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoques, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁵⁷ (2016) entendem que: “Ao fornecedor é vedado ‘selecionar’ a quem deseja vender o produto ou prestar o serviço. Se oferece o produto/serviço no mercado e tem estoque/possibilidade de prestação, não há razão para se negar a tanto [...]”. Herman Benjamin²⁵⁸ (2016) considera que “O fornecedor não pode recusar-se a atender à demanda do consumidor, desde que tenha, de fato, em estoque os produtos ou esteja habilitado a prestar o serviço”.

A abusividade da conduta é depreendida da recusa em atender o consumidor quando há possibilidade concreta para que ela se realize. Embora não ofereça grandes dificuldades, importante registrar que o texto da lei de defesa do consumidor considera a disponibilidade de estoque, o que afastaria os casos relacionados à prestação de serviços. Para os casos de recusa de prestação de serviços, melhor seria tratá-los à luz do artigo 39, inciso IX, que prevê, como prática comercial abusiva, a recusa da prestação de serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

Para a elaboração do programa da norma, o exame do texto da lei precisa interpretar a expressão “usos e costumes”. Na redação apresentada pelo texto da lei, a recusa do atendimento segundo os usos e costumes existentes também constitui prática comercial abusiva. Para Miguel Reale²⁵⁹ (2002, p. 156), é difícil determinar quando os usos e costumes aparecem na sociedade:

Ora é um ato consciente de um homem que, por atender a uma exigência social, passa a ser imitado e repetido, até transforma-se em um ato consciente no todo social; às vezes, é uma simples causalidade, que sugere uma solução no plano da conduta humana.

Dois são os elementos, segundo o autor, para que fique caracterizado o direito costumeiro, “[...] quando confluem dois elementos fundamentais: um é a repetição habitual de um comportamento durante certo período de tempo; o outro é a consciência social da obrigatoriedade desse comportamento²⁶⁰”.

²⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis e processuais civis comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico.

²⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²⁵⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 156.

²⁶⁰ *Ibidem*. p. 157.

A recusa de atendimento ao consumidor não será considerada apenas em relação ao estoque disponível, mas também, segundo os usos e costumes existentes na região. Se uma determinada prática é usual e habitual na comercialização de produtos, ela também é determinante para assegurar a proteção do consumidor. A ocorrência da recusa à demanda do consumidor, ainda que lastreada nos usos e costumes da oferta ou contratação, pode resultar em prática comercial abusiva.

É importante considerar que, via de regra, o fornecedor realiza sua função econômica quando atende às demandas dos consumidores. A recusa de contratação contraria a finalidade do negócio jurídico. Ela é sustentável, ao que parece, apenas em duas situações: se haverá perda financeira para o fornecedor, ou se ela puder resultar em situação mais vantajosa. Note que, em ambas as situações, há o interesse no resultado financeiro da operação. Há, ainda, uma terceira possibilidade, mas ela deve ser enfrentada e banida das relações de consumo: a intenção de prejudicar o consumidor.

Como exemplo do primeiro caso, a recusa poderia ocorrer porque o nome do consumidor estava registrado no serviço de proteção ao crédito, e o pagamento seria realizado de forma parcelada²⁶¹. Diante do caso concreto, seria fundamental que houvesse a devida informação ao consumidor, de que a contratação e o pagamento parcelado estão sujeitos à análise de crédito. É relevante registrar que, nas etapas pré-contratuais, conforme asseverado por Claudia Lima Marques (2013, p. 892), o CDC estabeleceu uma verdadeira obrigação de contratar do fornecedor. Se a oferta é realizada e não há informação clara e adequada sobre as condições para o parcelamento do pagamento, ante o regime da vinculação da oferta estabelecido no artigo 30²⁶², do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor

²⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis e processuais civis comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico. “A única circunstância que poderia fazê-lo recuar à contratação poderia ser a eventual negativação do consumidor nos cadastros de restrição ao crédito”.

²⁶² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016. “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. “

estará obrigado, nos termos do artigo 35²⁶³, também do CDC, ao cumprimento do ofertado.

O segundo caso, para ser exemplificado, exige o exame histórico do programa normativo de proteção do consumidor, conforme realizado na primeira parte deste trabalho. Na Lei Delegada n. 4, de 1962, prescreve no artigo 11, alínea “b”, a proibição do fornecedor: “b) sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los ou os reter para fins de especulação”. O propósito da recusa é assegurar maior lucratividade, mediante a especulação. Na época da edição e aplicação da lei, o Brasil encontrava-se em regime de controle de preços e combate à inflação da moeda. Assim, diante do controle de preços, a notícia de um eventual reajuste poderia despertar no fornecedor a intenção de recusar a venda do produto para que, reajustado o preço, ele pudesse auferir maior lucratividade. O controle do preço dos combustíveis nos postos revendedores ensejava a recusa de venda do produto, embora os tanques estivessem cheios de combustíveis. Assim que fosse aprovado o aumento, eles ficariam, novamente, à disposição dos consumidores, porém, com os preços reajustados. Nesse caso, não resta dúvida da abusividade do fornecedor, sendo necessária a concretização da norma para a proteção do consumidor.

A jurisprudência da Corte Superior de Justiça sobre o artigo 39, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, representada pelo REsp. n. 1.153.643-RS e REsp. n. 1.190.242-RS, não reconheceram a aplicabilidade da prática comercial abusiva. Ambos tratam dos casos relacionados à restituição dos valores investidos nas plantas comunitárias de telefonia. É possível constatar pelo voto do E. Relator que não haveria abusividade porque o produto não estava em estoque, o que afastaria a aplicação do programa da norma de proteção ao consumidor:

Ocorre que o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê que a caracterização de abusividade, quando há recusa de atendimento às demandas do consumidor, levará sempre em conta a disponibilidade do produto pelo fornecedor (art. 39, inciso II). No caso de serviço de telefonia, a disponibilidade era definida por normas do poder concedente, com base em

²⁶³ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016. “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. “

políticas públicas de expansão e universalização do serviço, circunstância que pode gerar, como visto, a necessidade de participação do próprio consumidor no financiamento de obras de expansão do serviço.

Assim, a prática de recusa de produtos quando disponíveis em estoque, ou ainda, segundo usos e costumes, pode resultar em abusividade a exigir a proteção do consumidor.

4.4 O envio de produtos e a prestação de serviços sem a solicitação do consumidor

O envio de produtos e a prestação de serviços sem a solicitação do consumidor são reputados prática comercial abusiva. É assim porque ultrapassa os limites considerados razoáveis para a comercialização de um produto ou serviço no mercado de consumo. Trata-se de uma venda agressiva²⁶⁴, que desconsidera as escolhas do consumidor, suplantando sua liberdade, assegurada como direito básico²⁶⁵ (artigo 6º, inciso II, do CDC). É também excessivo quando o fornecedor age em seu interesse (e envia o produto ou serviço) e transfere ao consumidor o ônus do desfazimento do negócio. Muitas vezes, o consumidor tem real dificuldade em devolver o produto ou rejeitar o serviço. Mesmo que o produto ou serviço enviado, sem solicitação, seja considerado uma amostra grátis, o consumidor recebe a cobrança, mediante boletos ou débitos no cartão de crédito, e acaba realizando o pagamento.

O exame da norma de proteção contra as práticas comerciais abusivas exige a elaboração do programa da norma, a definição do âmbito da norma e o caso jurídico para sua concretização. O programa da norma é composto pelo texto da norma e as interpretações gramaticais, históricas e sistemáticas, isto é, as formas linguísticas da interpretação do texto da lei. Assim, a análise do disposto no artigo 39, inciso III, da lei de proteção permite-nos reputar, como elementos integrantes da

²⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 892. “Nas vendas sem manifestação prévia do consumidor, este recebe o produto ou serviço não requisitado e não tem como devolver o objeto ou não aceitar o serviço e se vê literalmente forçado a contratar. Estas táticas agressivas de venda ficam proibidas, de maneira muito inteligente, pelo inciso III, do art. 39, combinado com parágrafo único do art. 39 do CDC”. [...]

²⁶⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. “

conduta proibida e considerada abusiva pelo texto da lei, o envio ou entrega ao consumidor sem que tenha havido qualquer tipo de solicitação anterior, de qualquer produto ou serviço. Herman Benjamin²⁶⁶ (2016), estabelece as linhas gerais do que entende ser a prática. Para ele:

A regra do Código, nos termos do seu art. 39, III, é de que o produto ou serviço só pode ser fornecido desde que haja solicitação prévia. O fornecimento não solicitado é uma prática corriqueira – e abusiva – do mercado. Uma vez que, não obstante a proibição, o produto ou serviço seja fornecido, aplica-se o disposto no parágrafo único do dispositivo: o consumidor recebe o fornecimento como mera amostra grátis, não cabendo qualquer pagamento ou ressarcimento ao fornecedor, nem mesmo os decorrentes do transporte. É ato cujo risco corre inteiramente por conta do fornecedor.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁶⁷ (2016), entendem tratar-se de “contratação forçada de serviços e a imposição ao consumidor da aquisição de determinado produto, sem que ele tenha feito qualquer solicitação”. Esclarecem os autores que o envio, sem solicitação do consumidor, é “uma prova de como o fornecedor de produtos e serviços tinha e tem consciência da enorme desigualdade existente entre ele e o consumidor (notadamente informacional)”. Apontam, ainda, fato infelizmente usual no mercado de consumo, que é a aceitação do consumidor por não saber que poderia recusar o produto ou serviço e acabar por realizar o seu pagamento. Registre-se que, nestes casos de déficit informacional, os consumidores mais necessitados são os mais afetados.

É também necessário aduzir que, na interpretação sistemática das práticas comerciais abusivas para a elaboração do programa normativo, no estudo do Direito Comparado, especialmente no caso da União Europeia, nota-se que a proteção do consumidor contra práticas comerciais desleais ocorre também para a proteção do próprio equilíbrio do mercado de consumo. Muitas vezes, como no caso da publicidade enganosa e mesmo no envio de produtos e serviços sem solicitação, a concorrência entre os fornecedores não ocorre com base na qualidade e preço de seus produtos e serviços. No caso da enganiosidade, a concorrência com aquele que se utiliza da conduta enganosa fica impossível, pois promete benefícios, atributos e

²⁶⁶ BENJAMIN, Antônio H. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis e processuais civis comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico.

condições que não são reais, nem serão entregues, o que acaba por afetar de forma direta e violenta os demais fornecedores. Na venda agressiva, que envia produtos e presta serviços sem solicitação, já que a escolha não é realizada pelo consumidor, acaba por prevalecer aquele que realiza a conduta abusiva. Se não é a escolha do consumidor que determina a contratação, os critérios de qualidade e preço passam a ser irrelevantes, prevalecendo a força e a agressividade. É preocupante, pois promove-se um ciclo vicioso, em que agressividade, vendas e abusos acabam perpetuando-se e provocando ineficiências, o que pode resultar em produtos e serviços caros e com baixa qualidade para toda a sociedade. A escolha do consumidor tem a possibilidade de promover outro ciclo importante para toda a coletividade: o virtuoso, em que a qualidade e o preço impulsionam venda, assegurando eficiência, economia e qualidade para todos.

Os casos jurídicos decorrentes da pesquisa no Superior Tribunal de Justiça, REsp. n. 1.199.177 – SP e REsp. n. 1.261.513 – SP, tratam do envio de cartões de crédito sem a solicitação do consumidor. Em ambos os casos, importante notar, o abuso foi constatado e a norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas concretizada. Os casos guardam uma especial relevância para a interpretação do disposto, para fins de integrarem o programa normativo do artigo 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, porque enfrentam uma nova modalidade de envio de produto sem solicitação: os casos dos denominados cartões múltiplos, que possuem as funções de débito e crédito reunidas em um único cartão, caracterizando sua natureza múltipla.

O âmbito da norma só pode ser definido diante do caso jurídico. No caso enfrentado pela Corte do Superior Tribunal de Justiça, a dificuldade estava em precisar se seria o caso de concretizar a norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas com o envio do cartão múltiplo, que trazia a função de débito solicitada, porém acompanhada da função de crédito, não solicitada. A ementa do r. Acórdão²⁶⁸ deixa claro o entendimento da Corte:

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 911.802 - RS (2006/0272458-6)*
Relator: Ministro José Delgado. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_servico_publico/R_esp911802-RS%20-%20Assinatura%20Basica%20-%20Telefonia.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

4. Há a abusividade da conduta com o simples envio do cartão de crédito, sem pedido pretérito e expresso do consumidor, independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, pois tutelam-se os interesses dos consumidores em fase pré-contratual, evitando a ocorrência de abuso de direito na atuação dos fornecedores na relação consumerista com esse tipo de prática comercial, absolutamente contrária à boa-fé objetiva.

O caso concreto é repleto de eventos que permitem compreender com clareza e, por isso, interpretar o texto da lei e o programa normativo. Apesar de o cartão múltiplo possuir a função de crédito desativada, havia ocasiões em que o consumidor solicitava o pagamento com a função débito, mas o fornecedor do estabelecimento, de forma equivocada, lançava a operação na função crédito. Ao proceder desta forma e não sendo percebido pelo consumidor o equívoco, em muitos casos, ocorria o desbloqueio. Tendo sido o cartão desbloqueado e utilizado, o consumidor teria que suportar o ônus de todo o processo de cancelamento do cartão.

A prática comercial foi considerada abusiva e concretizada a norma de proteção ao consumidor. Na metódica estruturante do direito, a concretização corresponde ao processo de interpretação e apresentação da norma para a sociedade. O excesso, compreendido no ato de enviar ao consumidor o cartão com dupla função, ainda que parcialmente bloqueada, não permite afirmar que ela se coaduna com o que foi estabelecido pelo texto da lei e pelo programa normativo. É admitido o envio de produtos ou serviços, mas é necessário que eles tenham sido previamente solicitados pelo consumidor. A prerrogativa jurídica é aquela que autoriza o envio, porém, mediante prévia autorização, que representa axiologicamente a condição da prerrogativa prevista pelo texto da lei de proteção ao consumidor. Se a autorização ocorre apenas em relação a uma função do cartão, no caso, a função débito, torna-se evidente que a outra função não possui tal autorização, o que permite constatar a violação da prerrogativa estabelecida pelo texto da lei. É possível também afirmar, como visto na parte primeira deste trabalho, que há uma contrariedade em relação à estrutura axiológica da prerrogativa jurídica concedida ao fornecedor. Ao enviar o produto sem a solicitação prévia do consumidor, não houve o cumprimento da autorização concedida, pois ela foi além, cometeu o excesso de aproveitar-se do envio de uma (função débito), para encaminhar a outra (função crédito).

Assim, na concretização da norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, o envio de produto ou serviço sem solicitação foi considerado excessivo, abusivo, por aproveitar-se da vulnerabilidade do consumidor, violar a boa-fé dos contratantes, não proceder com equidade e proporcionalidade e, ainda, não cumprir com a função econômica e social do contrato. Torna-se também claro que, uma vez considerada prática comercial abusiva, os valores percebidos com a conduta podem ser considerados indevidos, como uma vantagem indevida, e devem ser ressarcidos aos consumidores individualmente lesados, ou mesmo, à coletividade de consumidores.

4.5 A abusividade contra o consumidor segundo sua idade, conhecimento ou condição social

A proteção do consumidor contra práticas comerciais abusivas é veiculada no inciso IV do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, uma de suas principais disposições para a proteção dos consumidores especialmente vulneráveis.

O programa normativo do texto da lei de proteção dos consumidores especialmente vulneráveis contra práticas comerciais abusivas deve adotar o texto da lei como fundamento para a sua elaboração. Assim, pode-se considerar prática comercial contra consumidores especialmente vulneráveis a conduta que: “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços²⁶⁹”.

A estrutura do texto de lei de proteção ao consumidor especialmente vulnerável estabelece quatro elementos objetivos que devem ser considerados para a elaboração do programa normativo: idade, saúde, conhecimento ou condição social. São os elementos que, em linguagem, estabelecem “condição de possibilidades” que precisam ser observadas quando da concretização da norma,

²⁶⁹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016. “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;”.

diante do caso jurídico e do âmbito normativo. São estados da pessoa que acarretam a fraqueza ou ignorância nas relações de consumo. Por isso, são presunções que, estabelecidas pelo texto da lei, não podem ser desconsideradas no âmbito da norma e no processo de concretização diante do caso jurídico.

Por essa razão, a proteção do consumidor especialmente vulnerável é uma forma de realizar a dimensão constitucional dos direitos dos consumidores. De forma mediata, nos termos previstos no Código de Defesa do Consumidor, Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 7), assevera que, *verbis*: “Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos Direitos Fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada, seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação”.

Claudia Lima Marques²⁷⁰ (2012) atribui uma nova dimensão para a vulnerabilidade de determinados consumidores. Para a autora, a vulnerabilidade é uma condição geral dos consumidores. Entretanto, determinados consumidores, em razão de circunstâncias pessoais, permanentes ou transitórias, seriam hipervulneráveis. Circunstância permanente do estado do consumidor, para a autora, seria a prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental; circunstância temporária seria o caso de doença, gravidez, analfabetismo e idade. O sentido de hipervulnerável, explica a autora: “*hyper* é prefixo grego para designar o aumento, agravamento, aquilo que é ‘além’ do ordinário, normal ou típico, que está em outra dimensão, que abre um espaço especial (no caso, de proteção do mais fraco)”.

Outro elemento previsto no texto da lei das práticas comerciais comentada é a ação do fornecedor em relação aos consumidores especialmente vulneráveis. O texto da lei enuncia que o fornecedor deve “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor” para “impingir-lhe seus produtos e serviços”. Na interpretação gramatical, convém destacar que prevaler e impingir são comandos normativos importantes. Prevaler implica o aproveitamento da condição especial de vulnerabilidade do consumidor, isto é, o aproveitamento da condição de fraqueza ou ignorância para satisfazer seu interesse ilegítimo. O sentido de impingir

²⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Livro eletrônico.

expressa a ação de obrigar e impor contra a vontade da pessoa. Assim, são elementos característicos do enunciado o aproveitamento da condição especialmente vulnerável do consumidor para impor a aquisição do produto ou a contratação do serviço. A interpretação sistemática permite resgatar do Direito Comparado a figura da venda agressiva, que se aproveita da vulnerabilidade para comercializar seus produtos ou serviços ao consumidor. Uma prática comercial é considerada agressiva pelo artigo 9º, alínea d, das Diretrizes da União Europeia das Práticas Comerciais Desleais, quando:

O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto;

O exame do Direito Comparado permite observar a constância jurídica existente entre os institutos analisados. No caso, é possível perceber a similaridade da regulamentação europeia e o direito do consumidor nacional. A figura do aproveitamento do consumidor diante do infortúnio ou circunstância específica de gravidade e que afete sua capacidade de decisão são circunstâncias que estão presentes na proteção do consumidor especialmente vulnerável contra as práticas comerciais abusivas.

No entanto, o âmbito normativo será fundamental para a concretização da norma de proteção. São os elementos não linguísticos que emprestarão densidade e pertinência ao programa normativo. Por isso, não se pode emprestar ao processo de interpretação uma função que procura estabelecer *ex ante* um repertório de situações em que se pretenda, posteriormente, aplicar, mediante silogismo, a norma ao caso concreto. Somente diante do caso jurídico, concreto ou abstrato, é possível interpretar o texto normativo e os elementos linguísticos que compõem o programa da norma. Ou seja, a conduta do fornecedor deve ser analisada no caso jurídico para saber se houve aproveitamento da fraqueza ou ignorância do consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento ou condição social para impor a compra do produto ou a contratação do serviço.

O texto da lei de proteção ao consumidor especialmente vulnerável reconhece a difícil situação de fraqueza ou ignorância que advém do conhecimento do consumidor ou mesmo de sua condição social. Tema delicado, mas que merece

ser enfrentado pela sociedade, especialmente pela atividade acadêmica. É fato que a ausência de conhecimento representa fraqueza ou ignorância do consumidor diante de uma oferta ou contratação no mercado de consumo. Do mesmo modo, a condição social do consumidor pode resultar em fraqueza, ignorância ou desconhecimento diante do mercado de consumo. É possível compreender que ambas as situações vão além da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo. Elas representam contextos bastante diferentes. São mais graves e, por isso, a ofensa, quando ocorre, mais violenta. Exige-se do fornecedor a deferência ao regime das relações de consumo. Mas, também, exige-se do Estado o dever de proteção suficiente para assegurar o direito fundamental dos consumidores, consoante o previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República de 1988.

Como caso jurídico, foi emprestado o julgado da Corte Superior de Justiça, no REsp. n. 1.053.778 – RS, que considera prática comercial abusiva o repasse do PIS e CONFINS à tarifa dos serviços prestados aos consumidores. Na ementa apresentada pode-se constatar a concretização da norma de proteção quando considera²⁷¹:

9. O repasse indevido do PIS e da COFINS na fatura telefônica configura “prática abusiva” das concessionárias, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, pois viola os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, valendo-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor” (art. 39, IV, do CDC).

No r. voto do e. Relator²⁷² é possível verificar que a norma de proteção ao consumidor especialmente vulnerável é concretizada quando os elementos não linguísticos são apresentados. Afirma-se:

Essa prática das concessionárias é **abusiva** (art. 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor) na mais ampla extensão possível do termo: viola de uma só vez os microssistemas da legislação tributária, administrativa, de telecomunicações e de proteção do consumidor. Sem falar que, em operações massificadas desta natureza, especialmente no trato com os chamados sujeitos-profanos – na hipótese, milhões de consumidores não “iniciados” em complexas transações e operações técnicas, comerciais,

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.053.778 - RS (2008/0085668-8) Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/1319009.PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.053.778 - RS (2008/0085668-8) Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/1319009.PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

financeiras ou tributárias –, o fornecedor é sempre tentado (embora muitos, imbuídos de responsabilidade social, resistam) a utilizar a filosofia do "se colar, colou", valendo-se exatamente da "fraqueza ou ignorância do consumidor" (art. 39, IV, do CDC). Realmente, quantos consumidores se dão conta de uma diferença de poucos reais em sua conta telefônica? Ou, entre aqueles que chegam a descobrir a ilegalidade, quantos se dispõem a levar avante um processo judicial como este, considerando-se todos os óbices formais e informais ao acesso à justiça no Brasil?

Embora represente um desafio, a prática comercial abusiva, conforme apresentamos, torna os valores e as vantagens percebidas pelo fornecedor como ilegítimas, indevidas, impondo-se a restituição aos consumidores, individual ou coletivamente considerados. Trata-se de medida fundamental para assegurar a efetividade dos direitos dos consumidores, pois representaria um importante incentivo para que não houvesse a reprodução da medida abusiva. Somente com a perda da vantagem ou do resultado financeiro da prática é que haverá o cumprimento do direito básico previsto no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a efetiva prevenção dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos dos consumidores.

4.6 A execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento

A prestação de serviços é uma relação complexa para o consumidor. Ela difere substancialmente da compra de um produto porque, na maioria das vezes, o consumidor só poderá avaliar sua qualidade após a execução do contratado.

Por isso, o texto da lei de defesa do consumidor procurou disciplinar algumas regras para a contratação de serviços. Três são os enunciados que estabelecem deveres de conduta ao fornecedor de serviços para que ele não cometa excessos no exercício dos seus direitos subjetivos e acabem por lesar o consumidor. A primeira regra é a tratada no artigo 39, inciso VI, do CDC. Nela exige-se, como será visto, que nenhum serviço possa ser prestado sem a expressa autorização do consumidor, após o conhecimento prévio do orçamento do serviço. A segunda regra, mais ampla que a obrigação da autorização expressa, exige que a obrigação tenha prazo de cumprimento informado ao consumidor. Ela está prevista no artigo 39, inciso XII, do CDC. A última regra estabelece os requisitos obrigatórios do orçamento prévio. Trata-se, como veremos em tópico específico, de cláusulas pré-estipuladas pelo texto da lei, que precisam ser observadas pelo fornecedor.

A previsão do artigo 39, inciso VI, do texto de defesa do consumidor reconhece que a execução de serviços sem a autorização e a emissão do orçamento de forma prévia ao consumidor pode representar prática comercial abusiva. Admite-se apenas uma exceção, prevista expressamente no texto, que é a prática de contratação anteriormente realizada pelas partes.

A exceção ao dever de enviar o orçamento de forma prévia e obter a autorização do preço deve ser considerada diante do caso jurídico, mediante análise do programa normativo e do âmbito da norma. São os elementos do caso jurídico que permitirão perceber e compreender a norma. Para que a concretização da norma seja realizada mediante metódica da Teoria Estruturante do Direito proposto neste trabalho, importa estabelecer o programa normativo da obrigatoriedade da autorização do consumidor e do orçamento prévio para a execução de serviços.

É possível notarmos, diante do texto do artigo 39, inciso VI, do CDC, a existência de três elementos determinantes para compreensão e aplicação da norma de proteção. O primeiro elemento é a execução do serviço. É necessário, para que exista prática abusiva, que o fornecedor tenha, à revelia do consumidor, conforme veremos, executado o serviço. O segundo elemento, que também decorre do texto da lei, é a ausência do envio, da entrega ou do acesso do consumidor ao orçamento do serviço a ser prestado ao consumidor. Se houver a entrega do orçamento de forma prévia, restará apenas a concordância expressa do consumidor. Reside aí o terceiro elemento: a ausência de concordância expressa do consumidor. Todas dependem do caso jurídico e devem ser consideradas para a eventual concretização da prática comercial abusiva.

Nota-se que, no programa normativo da proteção do consumidor, a execução de serviços sem a prévia autorização e elaboração de orçamento comporta uma exceção, conforme aludimos acima. Se, diante do caso jurídico, a contratação realizada é uma mera repetição ou mesmo continuidade do contrato anterior, poderá não haver abuso, e a conduta do fornecedor ser considerada lícita. O texto da lei utiliza a expressão “práticas anteriores entre as partes”. Para interpretar, é necessário o caso jurídico, pois a interpretação não é ferramenta para estabelecer um repertório de casos para aplicação futura, mediante o paradigma positivista da subsunção com a utilização do silogismo entre o texto da lei e o caso

concreto. A interpretação cuida da compreensão do fato da vida e da verificação do programa da norma e do âmbito da norma, para então concretizar a medida de proteção do consumidor. Poderá também concluir pela inexistência da abusividade e, assim, afastar a aplicação do texto de proteção do consumidor.

As práticas anteriores entre os contratantes podem ser compreendidas, por exemplo, numa situação repetitiva para o consumidor e fornecedor. Nela, o serviço será o mesmo, em condições, preço, prazo, entre outros. Não há nada que surpreenda ou represente lesão para o consumidor. Se ele já autorizou e não houve mudanças no serviço e nos termos da contratação anterior, não haverá lesão. Sem a ofensa ao consumidor e a relação contratual, não haveria necessidade da proteção.

Herman Benjamin²⁷³ (2016), entende que: “O art. 40 complementa o art. 39, VI, detalhando o regime jurídico do orçamento, estabelecendo seu conteúdo, prazo de validade e eficácia”.

Para elaboração do âmbito da norma será utilizado, como caso jurídico, o exemplo hipotético de algumas empresas que prestam serviços de desentupimento de esgotos residenciais. Apesar de hipotético, foi inspirado em casos reais de eventos ocorridos no início da vigência do Código de Defesa do Consumidor.

O programa normativo de proteção ao consumidor prescreve como prática abusiva a execução do serviço sem a prévia e expressa autorização do consumidor. No caso jurídico apontado, foi sugerida a inexistência do orçamento prévio, nos termos do artigo 40, do CDC, ou mesmo, da autorização expressa do consumidor.

O âmbito da norma considera circunstâncias fáticas para compreensão da abusividade. Nos antigos relatos dos consumidores, que inspirou este exemplo hipotético, a prestadora de serviço, no local, informava o valor do metro cúbico do serviço e iniciava o trabalho de desobstrução da rede de esgoto da residência do consumidor. Era usual o consumidor supor que a metragem a ser utilizada correspondia à distância de sua residência à via pública, onde se encontrava a rede de esgotos. Executado o serviço e apresentado o preço, o consumidor era

²⁷³ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. 6.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

surpreendido com a cobrança de valores exorbitantes. A metragem suposta era equivocada porque, na maioria das vezes, a tubulação não era linear, o que encarecia sobremaneira o custo do serviço.

Nesses casos, não era fornecido o orçamento prévio, nos termos do artigo 40, do CDC. O consumidor não era informado do real custo do serviço e, surpreendido com o preço ao final da execução do serviço, restava-lhe pagar tais valores. Do mesmo modo, podem-se considerar os casos de reparos em veículos, eletrodomésticos, ou mesmo a realização de serviços domésticos, de carpintaria, pinturas e outras reformas.

Por isso, a conduta é considerada excessiva, abusiva. A entrega prévia do orçamento ao consumidor permite que ele conheça o preço e o serviço. Com tais informações é possível escolher, pactuar e satisfazer o interesse de ambos os contratantes. Trata-se, ao final, de realizar a harmonia nas relações de consumo, com o cumprimento da função social e econômica do contrato. A execução do serviço, sem a observação da regra estabelecida, acarreta o excesso e o abuso da relação com o consumidor.

Assim, a representação hipotética do caso jurídico permite concretizar a norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. O fornecedor que não elabora e aprova o orçamento e executa o serviço, prevalece da condição de vulnerabilidade do consumidor e ofende a boa-fé da relação de consumo. A prática de executar o serviço nessas condições não assegura a proporcionalidade da obrigação, não é equitativa e descumpra a função social do contrato, representada pela prestação adequada do serviço, aderente ao que foi prescrito pelo Código de Defesa do Consumidor. Haverá desvio da função econômica do contrato que, deixando de prever os valores da obrigação, não permite ao consumidor exercer sua liberdade de escolha. Finalmente, os valores percebidos pelo serviço são indevidos e devem ser restituídos ao consumidor em razão da abusividade praticada.

4.7 O abuso no repasse de informações depreciativa do consumidor

A tutela do consumidor não pode ser reduzida aos seus interesses econômicos. Deve-se considerar também a proteção de sua personalidade. Por isso,

a disposição do artigo 39, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor representa a realização do princípio fundamental previsto no artigo 5º, inciso X²⁷⁴, da Constituição da República. Não se trata aqui dos efeitos imediatos dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas da realização mediata, prevista no Código de Defesa do Consumidor, consoante disposição do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

Assim, o programa normativo de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas considera a proibição de “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”.

Trata-se, nos dizeres de Herman Benjamin²⁷⁵ (2011, p. 385), de uma proibição em que “Nenhum fornecedor pode divulgar informação depreciativa sobre o consumidor quando tal se referir ao exercício de direito seu”.

Bruno Miragem²⁷⁶ (2013, p. 283), no mesmo sentido, esclarece ainda que natureza depreciativa como aquela que acaba por desabonar a conduta do consumidor, *verbis*:

O que se proíbe, na disposição em destaque, é o repasse de informação depreciativa quando esta efetivamente, por sua qualidade, tenha por consequência projetar imagem desabonadora da conduta do consumidor (por exemplo, a indicação de um inadimplemento contratual).

A informação depreciativa é o elemento ofensor ao direito do consumidor que pode ser considerado uma prática comercial abusiva. Não se exige a demonstração do dano para sua caracterização, ele é presumido pelo conteúdo veiculado. Entretanto, exige-se que a informação que deprecie, diminua ou afete a reputação do consumidor seja decorrente do exercício de direito seu. O inadimplemento do consumidor registrado nos cadastros de crédito, se cumprido adequadamente os requisitos estabelecidos no art. 43, do Código de Defesa do

²⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2016. “Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. *Código de Defesa do Consumidor*. 9.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007. p. 385.

²⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 283.

Consumidor, não tem o condão de tornar a prática abusiva. Mas, a elaboração de uma lista dos consumidores que apresentam reclamações nos órgãos de defesa do consumidor, compartilhada entre fornecedores, pode representar uma prática comercial abusiva.

É necessário, entretanto, para que seja concretizada a norma de proteção ao consumidor, que exista o caso jurídico, conforme comentado anteriormente, conforme metódica prevista na Teoria Estruturante do Direito.

A realização da norma, diante do caso jurídico, como visto no REsp. nº 118.179 – RS²⁷⁷, considerou que a criação de cadastro que utilizasse dados pessoais e de consumo, sem o cumprimento dos deveres previstos no art. 43, do CDC, para fins de elaboração de pontuação de perfis de risco que poderiam importar em restrição ao crédito, constituem ofensa ao artigo 39, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor.

O âmbito da norma, diante do caso jurídico, permite notar a tutela dos direitos da personalidade da pessoa do consumidor. Trata-se da aplicação adequada do dever de abstenção, próprio do dever geral da personalidade, instituto cada vez mais relevante para a sociedade.

Neste sentido, Capelo de Souza²⁷⁸ (1995, p. 421), explicita o dever de abstenção como uma decorrência do dever geral da personalidade. O reconhecimento do direito aos bens de personalidade autoriza o seu titular a exigir determinados comportamentos de abstenção, isto é, “de não colocar em situação de

²⁷⁷ Recurso Especial n. 118.179 – RS. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR EM BANCO DE DADOS MANTIDO EM DESACORDO COM OS DITAMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 39, VII, E 43, *CAPUT* E §§1º E 3º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO BASEADA EM ANÁLISE DE FATOS. REVISÃO OBSTADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA STJ/07. 1. Tendo o Acórdão recorrido concluído que a Agravante criou banco de dados com informações pessoais do autor, sem a devida publicização, inviabilizando os direitos de amplo acesso às informações concernentes à pessoa do consumidor e de reclamar por eventuais ilegalidades ou incorreções, gerando, inclusive, provável restrição de crédito, diante do escore desfavorável, caracterizado está o dano *in re ipsa* verifica-se que a convicção a que chegou o Aresto decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz da Súmula 7 desta Corte. 2. Agravo Regimental improvido.

²⁷⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 421.

o sujeito não poder tirar deles todas as respectivas utilidades, fruições ou disponibilidades ou de não poder gozá-los com segurança”.

4.8 O produto e o serviço em desacordo com as normas técnicas

A comercialização de produto e a prestação de serviços em desacordo com normas técnicas é considerada prática comercial abusiva. Trata-se de medida que contribui com a qualificação dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo, pois exige-se que eles possuam um padrão mínimo de qualidade, aferida segundo padrões técnicos referenciados em experiências nacionais e internacionais.

O exame do programa normativo, a partir da previsão legal, estabelece que a ação de simplesmente colocar o produto ou serviço que estejam em desacordo com as “normas expedidas pelos órgãos oficiais ou por entidade credenciado pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial” no mercado de consumo, sem que exista a necessidade de demonstrar o dano, seria suficiente para concretizar a prática comercial abusiva.

Os elementos previstos no texto da lei de proteção que integram o programa normativo são a conduta de colocar no mercado produtos e serviços não aderentes ao estabelecido em normas técnicas oficiais ou elaboradas por entidades privadas credenciadas pelo Estado.

Norma técnica, segundo Herman Benjamin (2011, p. 390), é um repositório de conhecimentos específicos, postos à disposição da sociedade, indispensáveis para o controle da qualidade e a certificação dos produtos e serviços existentes no mercado de consumo. Em outros termos, são procedimentos, diretrizes e requisitos que representam um padrão a ser atendidos pelos produtos e serviços colocados à disposição do consumidor.

A prescrição veiculada no texto da lei exige que a norma seja expedida por órgãos oficiais competentes, ou mesmo, por entidades privadas credenciadas pelo Conselho Nacional de Metrologia. É interessante notar que, a partir do programa normativo, que deve considerar o texto da lei previsto no artigo 39, inciso VIII, do CDC, se concretizada a norma diante do caso jurídico, a comercialização de um produto poderá ser considerada prática comercial abusiva, tendo como fundamento substantivo, a norma técnica editada por um ente privado.

Por isso, diante do caso jurídico, que apresentará seus elementos fáticos, sociais e econômicos, torna-se possível a elaboração do âmbito da norma e o exame de pertinência ao estabelecido no programa normativo. A concretização deve resultar na proteção do consumidor. Deste modo, é fundamental, no momento da concretização, saber se, por exemplo, a proibição de comercialização do produto dá-se em razão da proteção do consumidor, ou se seria apenas a imposição de barreiras técnicas para atender aos interesses de determinado segmento do mercado.

Não consideramos um problema *per se* o fato de o conteúdo substantivo da norma técnica ser elaborado por uma entidade privada, devidamente credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia. Parece-nos, entretanto, preocupante que a concretização da norma de proteção ao consumidor acabe por estabelecer restrição à entrada de novos concorrentes e, por isso, acabe por atender exclusivamente aos interesses de determinado segmento do mercado.

Portanto, a aplicação do texto da lei de proteção previsto no artigo 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, precisa ser cautelosa quando a norma técnica que lastreia a caracterização da abusividade seja editada por entidade privada, ainda que credenciada. É necessário realizar a concretização do programa da norma e considerar o âmbito da norma, isto é, os elementos que contextualizam a colocação no mercado de produto ou serviço em desacordo com normas expedidas por entidades credenciadas. É certificar-se de que a norma técnica não ofende a ordem pública, nem outros textos de norma que, por via indireta, tutelam o interesse e o direito do consumidor.

4.9 A elevação de preços de produtos e serviços no mercado de consumo

O aumento de preços de produtos e serviços pode representar prática comercial abusiva. É necessário, entretanto, estabelecer, diante do caso jurídico, o que pode ser considerado uma justa causa, capaz de afastar sua aplicação.

Introduzida no texto da lei de proteção ao consumidor pela Lei n. 8.884, de 11 de setembro de 1994, o aumento injustificado de preços sempre foi associado

ao regime de defesa da concorrência. Bruno Miragem²⁷⁹ (2016, p. 112) reafirma a autonomia do regime de proteção do consumidor em relação ao da defesa da concorrência. Não é necessário que exista posição dominante para a aplicação da proibição do aumento injustificado de preços. Para o autor: “O exame do art. 39, X, do CDC, contudo, permite uma distinção. Não se pode identificar como sinônimos as hipóteses de aumento *excessivo* e aquele *sem justa causa*.”.

A autonomia do direito do consumidor assegura que a proibição pode ser aplicada e tornar-se norma, independentemente dos pressupostos contemplados na lei de defesa da concorrência. O exame do texto da lei de proteção do consumidor permite constatar a inexistência de qualquer exigência relacionada à defesa da concorrência para sua aplicação.

Havendo autonomia para aplicação do artigo 39, inciso X, do CDC, resta o desafio de interpretar o sentido e o alcance da “justa causa” que autoriza o aumento dos preços dos produtos e serviços no mercado de consumo.

No paradigma pós-positivista, a análise do texto da lei não proporciona todas as respostas necessárias para a sua aplicação ao caso concreto. Não se espera e nem se pode extrair do enunciado legislativo todo o significado necessário para a sua aplicação. Ele é adotado, como foi visto, como base para a elaboração do programa normativo. A partir de seus comandos, é possível e necessário conhecer suas possibilidades interpretativas. Elas integrarão o programa normativo. Diante do caso jurídico, torna-se possível definir o âmbito da norma e, com ela, examinar os elementos pertinentes para a aplicação do programa normativo. Para Müller (2014, p. 143), a inclusão do âmbito da norma significa:

[...] formular como exigência de trabalho para os juristas, não somente os elementos linguísticos, mas também os empírico-materiais, os quais desempenham um papel efetivo na realização do direito, precisam ser captados sistematicamente e disciplinados metodicamente.

A justa causa para o aumento de preços somente pode ser compreendida diante do caso jurídico, mediante identificação de seus elementos “empírico-materiais”. Eles é que determinarão a pertinência diante do programa da norma.

²⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: proposta para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 104. Revista dos Tribunais, 2016. p. 112.

Eles compõem o âmbito da norma. A prática abusiva deve emergir da compreensão de que houve a violação do texto de proteção do consumidor, de que o aumento de preços foi abusivo. Assim, estará concretizada a norma de proteção contra as práticas comerciais abusivas.

O exame do programa da norma adota, como ponto de partida, o texto da lei de proteção ao consumidor enunciado no artigo 39, inciso X, que proíbe ao fornecedor elevar, sem justa causa, o preço de produtos ou serviços. Como afirmamos no início da análise, o desafio é interpretar o que se considera justa causa.

É possível considerar “justa causa” um conceito legal indeterminado. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade e Nery (2015), conceitos legais indeterminados “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso”. Para os autores, ele só será determinado diante do caso, no momento de aplicação. Realizada a interpretação autêntica do significado indeterminado, a consequência está devidamente prevista na lei: “Preenchido o conceito legal indeterminado (*unbestimmte Gesetzbegriffel*), a solução já está estabelecida no próprio texto legal, competindo ao juiz aplicar o texto normativo [...]”.

Na elaboração do programa normativo para a construção do conceito de prática comercial abusiva, realizada na primeira parte do trabalho, procedeu-se à interpretação histórica para a compreensão do abuso do direito. Foi destacada a Lei Delegada n. 4, de 1962, especificamente o artigo 11, alínea “s”, que prevê expressamente como ato ilícito: “fazer repercutir, nos preços de insumos, produtos ou serviços, aumentos havidos em outros setores, quando tais aumentos não os alcancem, ou fazê-los incidir acima de percentual que compõe seus custos”.

Não se admite, portanto, que o aumento de preços seja uma repercussão enganosa, inexistente, de preços ocorridos em outro setor. Neste caso, além da repercussão falsa de custos, a justificativa enganosa também é grave, porque altera a percepção da realidade do consumidor e, de forma inadequada, pode até provocar efeitos indesejáveis no controle e combate à inflação.

O aumento de preços também é considerado abusivo quando o fornecedor se aproveita do reajuste de custos para implementar o aumento de

preços, porém em patamares superiores ao necessário. Embora não seja simples a análise econômica dos custos, pois ela não é linear, na maioria das vezes, a conduta do fornecedor é oportunista e desleal, porque se aproveita do reajuste dos custos para embutir o aumento desejado. Por isso, o parâmetro apresentado pelo texto da lei de intervenção no domínio econômico deve ser considerado para a elaboração do programa normativo.

São prescrições estabelecidas pelo texto da lei de intervenção no domínio econômico. Estão em vigor e devem ser consideradas para a elaboração do programa normativo de proteção ao consumidor contra o aumento injustificado de preços. Não constituem, ainda, norma. Dependem do caso jurídico e das condições e elementos apresentados para que ela possa ser concretizada.

A caracterização do programa da norma e dos elementos pertinentes do âmbito da norma permite a concretização da norma de proteção contra o aumento abusivo de preços. No cerne das previsões está a ofensa ao princípio da boa-fé e da lealdade na relação de consumo, tanto na dimensão individual, como também na coletiva dos consumidores.

A ordem econômica nacional, conforme prescrito no artigo 170²⁸⁰ da Constituição da República, funda-se no princípio da livre iniciativa, o que torna o regime de controle de preços uma política excepcional, sempre mediada pelo processo legislativo.

É possível verificar que o controle de preços pode ser realizado de forma direta e ativa, mediante o estabelecimento de fórmulas ou tabelamento de preços, conforme previsto no artigo 41 do Código de Defesa do Consumidor ou, de forma indireta e passiva, conforme previsto no artigo 39, inciso X, do CDC. Neste caso de descumprimento do regime, tabelamento ou critérios de reajuste de preços, haverá a violação do dever legalmente prescrito no texto da lei. Não há que se falar em colisão de direitos porque o fornecedor descumpriu o dever legal estabelecido.

²⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2016. “Art. 170. 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: “.

O controle passivo, isto é, como mecanismo de defesa do consumidor contra o aumento injustificado, apresenta um diferente desafio. Cunha de Sá²⁸¹ (1997, p. 465), considera que o comportamento do titular de direitos subjetivos pode ser esquematizado em três situações. Na primeira, o comportamento está aderente ao direito existente, tanto na sua forma, como nos valores que são inerentes. Na segunda, o comportamento do titular não corresponde à “própria estrutura jurídico-formal do direito subjetivo em causa”. E na terceira e última possibilidade, o comportamento corresponde formalmente ao direito previsto, porém “rebelar-se contra o sentido normativo interno de tal direito, isto é, contra o valor que lhe serve de fundamento jurídico”.

A Teoria Estruturante do Direito de Müller permite tratar com clareza, diante do caso jurídico e do âmbito normativo, a compreensão do comportamento do fornecedor e realizar a pretendida distinção entre a conduta aderente ao conteúdo valorativo e a forma enunciado no texto da lei.

Diante do programa da norma, elaborado de acordo com o texto da lei de proteção do consumidor, existe a proibição da elevação de preços sem justa causa. No processo de elaboração, foi constatada a existência de obrigações legais ao fornecedor. O aumento de preços de determinado setor não pode ser utilizado como justificativa para a elevação de preços de seus produtos ou serviços se não houver uma relação causal pertinente entre os aumentos. Se não verdadeira a pertinência causal, tanto na repercussão dos preços ou dos valores correspondentes ao seu custo, verifica-se a existência de elementos que poderão, diante do âmbito da norma e do caso jurídico, concretizar a norma de proteção do consumidor.

O âmbito da norma será fundamental para a compreensão do conteúdo valorativo e sua aderência, ou não, ao programa da norma, e sua suficiência para a concretização da norma de proteção ao consumidor. Neste momento é que o paradigma pós-positivista revela-se tão importante para o direito do consumidor.

Não é possível extrair do texto da lei um significado completo e seguro da expressão “justa causa”. A compreensão do significado de “justa causa” não está no texto de lei, está no próprio homem. Esta é a contribuição significativa de Heidegger

²⁸¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Coimbra, Almedina, 1997p. 465.

para a ciência. Não há significado fora do homem. Não significado, no caso do conceito legal indeterminado do aumento injustificado de preços fora de seu intérprete, seja ele o Estado-juiz, o Estado-administração ou mesmo o pesquisador científico.

A decisão está repleta de valores, pois interpretar é compreender, e ela não ocorre sem um conteúdo valorativo. O aumento de preços será injusto, isto é, sem justa causa, de acordo com o conjunto de valores que será considerado, não como uma carta aberta, à disposição do intérprete. Deverá ser interpretado mediante sistematização e método, com o exame do programa normativo, isto é, do texto ou textos das leis existentes e aplicáveis, de suas possíveis interpretações. Diante do âmbito da norma, isto é, dos elementos não linguísticos, empírico-materiais, será realizada a compreensão da existência ou não do abuso a exigir a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Esta, em nossa compreensão, é a contribuição do paradigma pós-positivista e da Teoria Estruturante do Direito para a proteção do consumidor. Extrair e apresentar o conteúdo valorativo para o controle da sociedade no Estado Constitucional. Permitir que, diante dos valores e do texto da lei aplicável, seja realizado o controle substantivo da Constituição Federal de 1998 e do Código de Defesa do Consumidor.

A segurança jurídica está no método utilizado e na sistemática adotada. Não é possível estabelecer *ante casum* a norma. É possível afirmar e reafirmar os valores que informam, de forma substantiva, a sociedade. Com eles, os valores, torna-se possível uma nova compreensão do direito do consumidor, não somente como um conjunto de disposições legais e princípios, mas como um conjunto de valores pactuados e a serem pactuados pela sociedade.

4.10 O prazo de cumprimento da obrigação do fornecedor

A informação sobre o cumprimento da obrigação é essencial para o consumidor. Sem ela, não é possível realizar escolhas conscientes sobre o produto adquirido ou mesmo sobre o serviço contratado.

O dever geral de informar o consumidor está previsto no artigo 31²⁸² do Código de Defesa. No regime das relações de consumo, o dever de informar o consumidor exige uma postura ativa do fornecedor. É ele quem deve fazer chegar a informação ao consumidor.

Não basta assegurar o acesso formal à informação. É necessário que a informação possua os atributos estabelecidos pelo texto da lei de proteção ao consumidor²⁸³: correção, clareza, precisão e ostensividade. Deve-se, ainda, informar dados relacionados ao produto e serviço ofertado e contratado. De acordo com o produto ou serviço ofertado ou contratado, é possível estabelecer o que deve ser informado ao consumidor. No texto da lei do consumidor, no referido artigo 31, estão exemplificados alguns dados considerados relevantes para o consumidor. São eles: preço, qualidade, quantidade, características, entre outros tantos necessários. Com a informação assegurada materialmente, o consumidor pode, autonomamente, garantir três grandes direitos: a proteção de sua saúde e segurança, o exercício de seus interesses econômicos e a liberdade de opção e escolha.

A informação da validade nos produtos, ou mesmo de seus componentes, representa a possibilidade do próprio consumidor exercitar a proteção de sua saúde e segurança. Por exemplo, a rotulagem de produtos transgênicos, permite ao consumidor ser livre para escolher produtos orgânicos.

A omissão da informação do prazo de execução do serviço, a depender do caso jurídico, representa uma violação ao direito à informação para que o consumidor possa exercer seu direito à escolha, ou simplesmente, a defesa de seus interesses econômicos. Há uma dupla lesão ao consumidor. Omitir a informação viola o direito à informação e também a proteção do interesse econômico do consumidor.

²⁸² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016. “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

²⁸³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book baseada na 7.ed.. “A jurisprudência brasileira ensina: ‘A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.”.

Na elaboração do programa normativo de proteção do consumidor contra a prática abusiva de não informação do prazo do cumprimento da obrigação, o direito à informação desempenha, como foi visto, um papel central.

Não informar o prazo de execução, ou ainda pior, deixar a fixação do prazo inicial para o fornecedor após iniciado o contrato, coloca o consumidor em situação extremamente vulnerável, submetido ao fornecedor. É ele, fornecedor, quem passa a estabelecer as regras para a realização do serviço ou entrega do produto.

A obrigatoriedade da informação das datas de início e término do serviço está presente, de forma precisa e detalhada, no artigo 40 do Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito da norma, será possível examinar os elementos fáticos que compõem a norma. Nele examina-se a pertinência do programa normativo e a necessidade de concretização da norma de defesa do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

Para tanto, consideremos um caso jurídico, abstrato, representado pelos contratos das construtoras para entrega de imóveis ao consumidor. Era usual a informação do prazo de entrega da obra, em geral, dois ou três anos. Entretanto, era informado que o prazo teria seu termo inicial a partir da realização da “fundação” do imóvel. O problema era não haver nenhuma outra disposição que informasse o prazo para a conclusão da “fundação”. Assim, o prazo de dois ou três anos poderia prolongar-se, com evidentes prejuízos aos consumidores.

Nesse caso jurídico, abstrato, o programa da norma é pertinente ao âmbito da norma. A inexistência de prazo para o término da “fundação” não permitia ao consumidor precisar adequadamente sua decisão de contratação. Deixar ao exclusivo critério do fornecedor a fixação do termo inicial e final, coloca o consumidor em situação de exagerada desvantagem, comprometendo o equilíbrio do contrato, a boa-fé, com claro desvio da função econômica e social do contrato. A vantagem financeira percebida pelo fornecedor deve ser declarada indevida e estipulada diante do caso jurídico concreto, devendo ser providenciado o ressarcimento dos consumidores afetados.

5 A OBRIGATORIEDADE DA ELABORAÇÃO E ENTREGA DO ORÇAMENTO PRÉVIO AO CONSUMIDOR

5.1 O Programa normativo

O texto de norma previsto no artigo 39, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor estabelece como prática comercial abusiva: “executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”.

Na elaboração do programa normativo do artigo 39, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, foi possível notar, pela interpretação literal, que se trata de uma obrigação imposta ao fornecedor de serviços em sua relação com o consumidor. Há um limite para o exercício de sua liberdade de prestar serviços. Ele deve, conforme previsto pelo texto normativo, elaborar previamente o orçamento do serviço e só executá-lo após expressa autorização do consumidor. Há previsão de casos em que o fornecedor está dispensado da elaboração do orçamento e autorização do consumidor. Segundo disposto no mesmo artigo, haveria dispensa quando constasse uma prática anterior de contratação entre as partes, isto é, entre o consumidor e fornecedor do serviço. A execução do serviço sem o cumprimento das condições estabelecidas representaria, independentemente do resultado lesivo ou não ao consumidor, abuso na prestação do serviço.

Na interpretação sistemática²⁸⁴ é possível verificar que o significado de orçamento prévio é dado pela disposição do artigo 40 da lei de proteção do consumidor. Nela será possível examinar os requisitos estabelecidos como necessários para a informação do consumidor. Sem as informações de preço, qualidade do serviço, prazo de execução, entre outros, não seria possível ao consumidor refletir de forma consciente e adequada sobre o serviço a ser contratado. Como foi visto anteriormente, o outro limite para o fornecedor é a necessidade de o consumidor concordar com o orçamento realizado e anuir de forma expressa ao documento. Sem a manifestação expressa, não seria possível

²⁸⁴ Para Bruno Miragem, citado na elaboração do programa normativo do artigo 39, VI, do CDC, temos, na realidade, um único instituto – o orçamento prévio, que vem previsto em duas disposições, sendo a primeira no art. 39, VI e outra no art. 40, ambas do CDC.

executar o serviço sem caracterizar ofensa ao que foi previsto no texto da norma de proteção do consumidor. A informação prévia e a autorização expressa são mecanismos que resguardam a boa-fé nas relações de consumo e protegem o consumidor que se encontra em situação vulnerável diante do fornecedor. É possível afirmar que a proibição de realizar o serviço sem o orçamento prévio e a autorização expressa do consumidor constitui forma de compensar o desequilíbrio existente na relação de consumo. Com a obrigatoriedade do orçamento prévio e da expressa autorização haveria uma recomposição do equilíbrio da relação e, por isso, estes elementos compõem o regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

5.2 Âmbito normativo e concretização

Como analisado nos capítulos iniciais, o âmbito da norma para Müller (2013, p. 135), compreende: “o conjunto parcial de todos os fatos relevantes (âmbito fático) como elemento que sustenta a decisão jurídica como direito²⁸⁵”. Após a identificação desse conjunto fático, representado pelo caso jurídico, é necessário “submeter os fatos a um duplo exame” que, segundo o autor, será elaborado a partir do programa da norma. Nesse exame, será avaliado se os fatos considerados continuam sendo relevantes para o programa da norma e se eles são compatíveis com o programa elaborado. Somente assim, segundo o autor, seria possível incorporar os fatos na decisão.

O programa normativo “destaca, da totalidade dos dados efetivos atingidos por uma prescrição, os momentos relevantes para a decisão jurídica, no sentido de uma diretiva orientadora”. A partir dos destaques do programa da norma é possível estabelecer “critérios de relevância com caráter de obrigatoriedade, tanto para a indagação quanto para a ponderação”.

Para determinar o âmbito normativo e “concretizar” a norma, serão utilizados os casos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o exame do âmbito normativo, isto é, dos elementos não linguísticos que importaram para a realização do programa e concretização da norma, podem ser examinados na

²⁸⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.

análise do acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial n. 332.869-RJ, do ano de 2002. Neste caso, o STJ concretizou o texto normativo veiculado no artigo 39, inciso VI, da lei do consumidor e considerou abusiva a conduta do fornecedor ao realizar um serviço de mecânica sem a expressa autorização do consumidor.

O programa da norma é composto do texto da lei e de sua interpretação. Assim, podemos afirmar que, para o programa da norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, é relevante assegurar ao consumidor uma contratação informada e consciente. Somente assim ele poderá tomar a sua decisão e assumir o compromisso com o fornecedor. A análise do orçamento prévio pelo consumidor é o momento em ele pode examinar a qualidade do serviço, o prazo de execução, os materiais empregados, enfim, elementos que integram o preço do serviço apresentado. Não se deve olvidar que, neste momento, o consumidor poderá esclarecer dúvidas, obter informações sobre o serviço e, principalmente, negociar os termos do serviço, sejam em relação ao preço, tempo de execução ou outros elementos do orçamento previamente elaborado. A ausência do orçamento impede a análise e a reflexão, o que acentua a vulnerabilidade e a assimetria de informação na relação com o fornecedor. A dispensa da autorização expressa retira do consumidor o momento chave do processo negocial – a possibilidade de contraproposta, discussão e a contratação dos termos e condições do negócio, que é concluído pelo comprometimento fático, representado pelo assentimento do consumidor e sua consequente assinatura de concordância com o serviço.

A obrigação veiculada pelo texto da norma de proteção do consumidor estabelece um limite para a ação do fornecedor de prestar serviços. Este limite tem por propósito reequilibrar a relação de consumo, com a compensação da vulnerabilidade do consumidor, proporcionando a ele a oportunidade de conhecer, negociar e decidir, ou seja, de exercer plenamente a mesma liberdade de que goza o fornecedor. Com isto, realiza-se a relação de consumo de forma harmônica, com fundamento na boa-fé e no equilíbrio das partes (artigo 4º, inciso III, do CDC), conforme estabelece o programa normativo do artigo 39, inciso VI, e do artigo 40, ambos da lei de proteção do consumidor. O princípio da boa-fé e equilíbrio das relações de consumo confere a unidade do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. A realização da igualdade, considerada a

vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (artigo 4º, inciso I, do CDC), contribui para a ordenação das disposições dos artigos 39, 40 e 41 e compõe os textos de norma do regime de proteção contra práticas comerciais abusivas. Os princípios não exercem papel de abertura, mas de limites a serem observados no processo de concretização do programa no âmbito de aplicação. As regras estabelecidas são limites concretos para o exercício interpretativo, menos flexível que os princípios.

No exame do acórdão, é possível notar que o consumidor era um taxista que contratou um serviço de mecânica e que, embora tenha sido alegado que ele manifestou sua concordância com o aditivo contratual, o Superior Tribunal de Justiça entendeu – concretizou a norma e reafirmou – que não houve autorização expressa do consumidor. Ou seja, o acórdão que concretizou a norma considerou que a autorização verbal do consumidor não representa o sinônimo da autorização expressa. Mesmo que o consumidor tenha autorizado verbalmente o conserto adicional do veículo, não houve o cumprimento do texto da norma previsto no artigo 39, inciso VI, do CDC. Assim, veja a concretização da Corte²⁸⁶:

Anote-se que a testemunha ouvida trabalhou no táxi do réu e que este levou ao conhecimento daquele a necessidade de outros serviços e o valor a ser cobrado, dele recebendo a devida autorização. Todavia, tenho que está presente a violação ao art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor, que exige, claramente, ser vedado ao fornecedor de produtos ou serviços a prestação sem a prévia e expressa autorização do consumidor. Ora, o Acórdão recorrido concluiu que os serviços foram necessários, por dedução, mas não afirmou que foram eles expressamente autorizados. E sem a expressa autorização os serviços, efetivamente, não poderiam ter sido executados, obrigando-se o consumidor a pagar, apenas, pelos serviços que expressamente autorizou. O que o autor autorizou, confessadamente, foi o conserto pelo valor de R\$ 250,00. Os serviços realizados sem autorização expressa do consumidor ficam por conta do próprio prestador do serviço, que deveria ter observado o art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor. (Resp 332.869 – RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 24/06/2002)

É nítida a aplicação positivista da subsunção, e não é possível encontrar de forma sistematizada os elementos não linguísticos que integraram a decisão. Sabe-se, apenas, que a interpretação da expressão “autorização expressa” não

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 332.869-RJ, DJ 2/9/2002*. Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/10/2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/107563832/djse-22-01-2016-pg-409>>. Acesso em: 20 out. 2016.

considera a forma verbal de consentimento do consumidor. A realização da norma protegeu o consumidor taxista que, embora tenha assentido verbalmente, segundo declarações da testemunha, não foi obrigado a realizar o pagamento adicional pretendido pelo fornecedor. A precariedade da relação contratual verbal não se coaduna com a obrigação mínima prescrita pelo artigo 39, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, considerada pela Corte do Superior Tribunal de Justiça como necessária para a proteção do consumidor.

Concretizar, para Müller²⁸⁷ (2013, p. 125), não significa apenas “interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir”. Do mesmo modo, não representa “individualizar” a norma jurídica genérica ao caso concreto. Concretizar significa: “produzir diante da provocação do caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.

O conflito social no caso analisado consistia na cobrança de valores verbalmente contratados, mas que poderiam não atender ao prescrito na lei de defesa do consumidor. O ponto nevrálgico do caso seria a interpretação da expressão “autorização expressa do consumidor”. No caso, conforme foi visto, a Corte entendeu que expresso seria por escrito e que exigir os demais valores seria abusivo, excessivo e, portanto, vedado pelo disposto no artigo 39, inciso VI, do CDC. Apesar da realização do direito do consumidor e do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas, os elementos subjetivos considerados pela Corte não foram revelados, impedindo, assim, uma análise mais substantiva do instituto.

A subtração da oportunidade de o consumidor assentir formalmente o serviço e a cobrança de valor correspondente ao dobro do contratado ilustram o excesso cometido pelo fornecedor, suficiente para caracterizar a prática comercial abusiva. A conduta do fornecedor, segundo o programa da norma elaborado, comete um excesso e impõe ao consumidor a obrigatoriedade de pagamento, sem a possibilidade de negociar ou mesmo refletir sobre o serviço, sua qualidade e custo. A precariedade da informação verbal pode comprometer a compreensão do

²⁸⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

consumidor e não se coaduna com o regime de transparência, informação e equilíbrio exigido pelo Código de Defesa do Consumidor. Logo, a conduta realizada pelo fornecedor ofende a lealdade e a transparência exigidas nas relações de consumo. O excesso é possível porque há uma parte mais fraca, vulnerável na relação, o consumidor. Neste caso, não há proporcionalidade de tratamento. Ao contrário, aproveita-se da situação do consumidor para realizar o serviço e cobrar pelo serviço realizado. Caracterizada, na prática, a vulnerabilidade, nota-se também que o desequilíbrio contratual impede que o contrato realize sua função social, que é permitir a circulação de riqueza na sociedade, entre outras. O descumprimento da regra prevista no Código de Defesa do Consumidor permite compreender, mediante análise e declaração do programa da norma e âmbito da norma, o regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

6 O REGIME DE CONTROLE, SUPERVISÃO E MONITORAMENTO DE PREÇOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

6.1 O programa normativo

O programa da norma de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas do descumprimento do regime de controle, supervisão e monitoramento de preços adota, como base, o texto de norma do artigo 41 do Código de Defesa do Consumidor.

É possível apontar, como elementos pressupostos da prática comercial abusiva, a necessidade de que exista o regime de controle ou tabelamento de preços. Reside, neste ponto, a diferença do artigo 41, em relação ao artigo 39, inciso XIII, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

No caso do artigo 41 do CDC, regula-se exclusivamente o controle ou tabelamento de preços realizado pelo Estado. Trata-se de regulação pública para assegurar a política econômica aplicada em determinado momento histórico e contexto político e social. A prática abusiva prevista no artigo 39, inciso XIII, também do CDC, cuida de reajuste estabelecido pelo Estado, mas também daquele estabelecido pelos particulares, isto é, entre o consumidor e o fornecedor. A fonte geradora de obrigações considerada pelo texto da norma são a lei e o contrato.

Outra diferença existente está no reconhecimento expresso da necessidade de reparação do consumidor. Herman Benjamin²⁸⁸ (2011, p. 396) registra que:

Até pouco tempo, o tabelamento de preços era visto precipuamente pelo prisma administrativo e penal. O Código altera este tratamento da matéria, introduzindo um outro mecanismo de implementação: a reparação civil.

Constatado o descumprimento do controle ou tabelamento de preços, o consumidor deve receber a quantia paga em excesso, com atualização monetária. Outra alternativa contemplada é o próprio desfazimento do negócio celebrado. Nesse caso, restituído o produto, deverá haver a devolução de todo valor dispendido pelo consumidor.

²⁸⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 396.

6.2 O âmbito da norma e a concretização

No caso deste enunciado, o âmbito da norma é importante porque permite examinar, além dos elementos diretamente relacionados ao programa da norma, os elementos não linguísticos do caso jurídico. São eles que permitirão compreender a aplicação da norma e também a gradação da abusividade. Como foi possível examinar nas conclusões parciais, a prática comercial abusiva pode ser graduada, segundo o bem jurídico tutelado.

Previsto expressamente no Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, considera-se prática infrativa grave ²⁸⁹ “ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade”.

No caso, o âmbito da norma e o caso jurídico podem apresentar os elementos não linguísticos que permitirão a concretização da norma. Será também possível examinar a gravidade da conduta do fornecedor. O controle de preços e o tabelamento são medidas extremas da política econômica. Sua utilização pode estar correlacionada com grave crise econômica, e a concretização da norma deve considerar os elementos existentes no âmbito da norma, além do programa normativo.

A avaliação da gravidade produz impacto direto no processo sancionatório e administrativo. Mas ele deveria, também, produzir efeitos na tutela civil coletiva dos consumidores.

A gravidade da prática comercial abusiva não pode ficar restrita aos efeitos sancionatórios. É importante registrar que o texto da lei de prática de desrespeito ao controle ou tabelamento de preços afirma que poderá haver a restituição dos valores pagos ou o desfazimento do negócio, “sem prejuízo de outras sanções cabíveis”. É evidente que outras sanções são consideradas. De forma imediata, sem dúvida, as de natureza penal e administrativa. Embora não pareça possível afastar as de natureza civil.

²⁸⁹ BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Art. 17, inciso IX. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

O próprio texto de proteção ao consumidor, quando trata das sanções administrativas, no artigo 56, reconhece a pluralidade das sanções existentes: “[...] ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas”.

Claudia Lima Marques (2013, p. 931), aponta o desafio da tutela do consumidor nos casos de controle e tabelamento de preços: “A dificuldade prática da norma são os chamados ‘negócios de bagatela’, onde o consumidor lesado geralmente não reclama ...”. Considera ainda, a autora, a possibilidade de o Ministério Público e os Procons, órgãos executivos estaduais ou municipais de proteção do consumidor, ingressarem com ações coletivas para proibir a prática do ato.

A proibição da prática abusiva é importante e não afasta outra possibilidade prevista no texto da lei de defesa do consumidor, a reparação dos consumidores lesados no âmbito coletivo, conforme estabelece o artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. A reparação dos danos, conforme visto, poderá ser individual ou coletiva, por danos patrimoniais ou morais. Neste sentido, a gravidade da prática comercial abusiva, quando constatada no âmbito da norma e diante do caso jurídico, poderá resultar em importante instrumento para assegurar o respeito e a proteção dos consumidores. A valoração do dano moral coletivo é distinta quando a prática comercial abusiva é grave ou leve, segundo critério expresso no decreto regulamentador do Código de Defesa do Consumidor.

A metódica da Teoria Estruturante do Direito, no paradigma pós-positivista, permite extrair do processo de concretização os valores presentes no ordenamento jurídico e na sociedade. É distinto o grau de abusividade e ele expressa um conjunto de valores da sociedade que precisa ser considerado na concretização da norma de proteção e defesa do consumidor contra as práticas comerciais abusivas.

CONCLUSÃO

As práticas comerciais abusivas, previstas no Código de Defesa do Consumidor, são prescrições importantes para os consumidores. Elas estabelecem limites ao exercício de direitos subjetivos do fornecedor e procuram reestabelecer a harmonia e o equilíbrio na relação de consumo.

A aplicação das medidas de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas representa um desafio para o paradigma positivista, porque não se encontra no texto da lei todas as respostas necessárias para sua aplicação. Nem se poderia.

Isto significa que, o exame das disposições enunciadas pelo Código de Defesa do Consumidor, não apresenta resposta completa para sua aplicação diante do caso jurídico, levando o aplicador a lançar mão do exercício da discricionariedade para preencher o conteúdo indeterminado no texto da norma, para concretizar e justificar sua decisão.

O exercício da discricionariedade e a aplicação do direito do consumidor mediante o silogismo entre o que se considera, equivocadamente, norma e o caso concreto, não produz resultados satisfatórios para sociedade. Não sendo possível o enunciado do texto da lei apresentar todos os elementos necessários para aplicação do caso concreto, como poderia haver subsunção ou mesmo silogismo?

Outro desafio está no controle substantivo das decisões. Na metódica positivista, o conjunto de valores que informam e constituem a decisão nem sempre ficam claros e expressos. Na maioria das vezes, os critérios valorativos utilizados para compreensão e tomada de decisão no caso jurídico são substituídos pela simples referência ao dispositivo legal adotado como fundamento. O conteúdo formal e asséptico não permite o controle substantivo das decisões. Com isto, provoca-se dois efeitos indesejáveis. Não se permite um controle transparente, claro e preciso da adequação da decisão ao Estado Constitucional e promove-se a institucionalização precária dos valores que informam nossa sociedade.

A segurança jurídica fica comprometida porque o reconhecimento de valores não fica claro e transparente. É necessário apresenta-los para sociedade de

forma contundente e explícita. Funda-se o preceito da norma na simples menção ao dispositivo do texto da lei e não nos valores que foram reconhecidos mediante processo judicial, administrativo ou científico. É a apresentação e o reconhecimento dos valores existentes que fixam a compreensão da regra e do princípio da proteção do consumidor. A citação do dispositivo da lei ou mesmo da Constituição não são suficientes para apresentar e comunicar os valores existentes na norma concretizada. Sua carga semântica ou sua complexidade não permitem a compreensão clara da sociedade.

A interpretação, como foi visto, não é um instrumento para extrair o significado dos textos das leis. Ela está diretamente relacionada com a concretização dos direitos. É a compreensão da norma. E a compreensão não está fora do homem, presente de forma autônoma no texto da lei. É a partir do homem e sua compreensão histórica que a norma se realiza. Se é assim, torna-se necessário que o método permita expor a compreensão realizada e de maneira direta e substantiva exista o controle e a sindicância da decisão que resultou na norma de proteção do consumidor.

Por isso, o paradigma do pós-positivismo e a Teoria Estruturante do Direito de Müller foi adotado como método para análise das práticas comerciais abusivas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Seu principal objetivo foi contribuir para o fortalecimento da proteção do consumidor, aumentar a transparência e a deferência ao Estado Constitucional, afastar o exercício da discricionariedade e tornar claro o conjunto de valores que informa nossa sociedade.

O conjunto de disposições que pode ser considerado prática comercial abusiva é bastante amplo, conforme examinamos na primeira parte do trabalho. Reconhecemos que é possível considerar abusivo a promoção da publicidade enganosa ou deixar de fornecer peças de reposição, entre tantas outras disposições. No entanto, entendemos que seria necessário sistematizar o que se considera práticas comercial abusiva para melhor proteção dos consumidores. Com ordenação e articulação das diversas disposições previstas no capítulo de práticas abusivas pode-se assegurar coerência e consistência na aplicação do direito do consumidor. Afasta-se o tratamento casuístico, nem sempre consistente e coerente, que pode comprometer a proteção do consumidor.

Para sistematização tópica consideramos como regime de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas os artigos 39, 40 e 41, do Código de Defesa do Consumidor. Para sistematização das disposições consideradas, adotamos, como visto, o paradigma pós-positivista e a Teoria Estruturante do Direito

Na Teoria Estruturante do Direito consideramos elaborar a análise dos artigos 39, 40 e 41, do Código de Defesa do Consumidor com a elaboração do programa da norma, do âmbito da norma e diante do caso jurídico, que poderia ser concreto, representado por casos reais analisados pela jurisprudência ou pela administração pública; ou poderia ser abstrato, concebido pelo pesquisador do direito mediante adoção de situações hipotéticas.

No programa da norma de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas, foi considerado texto da normativo, isto é, o Código de Defesa do Consumidor e os artigos implicados na análise realizada. As disposições consideradas foram interpretadas, isto é, compreendidas na sua dimensão gramaticas, histórica e sistêmica. Com isto foi possível notar o sentido e o alcance dos termos enunciados pelo texto da lei.

A Lei dos Crimes contra a Economia Popular e a Lei Delegada nº 4, de intervenção no domínio econômico estão diretamente relacionadas com a proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. Inúmeras disposições podem integrar o programa normativo de proteção do consumidor.

Do mesmo modo, foi possível analisar a experiência nacional e estrangeira e notar os mais diversos conceitos e tratamentos emprestados para o combate das práticas abusivas no mercado de consumo. Do trabalho elaborado pela doutrina nacional foi possível apresentar um conceito preliminar de prática comercial abusiva. De natureza integrativa, dependeria sempre do caso jurídico para sua realização. De outro modo, sendo um conceito de prática comercial abusiva ele pode contribuir com a interpretação do caso jurídico para concretização da cláusula geral de proteção contra práticas comerciais abusivas. Do mesmo modo, pode também contribuir com a análise dos conceitos legais indeterminados presente, por exemplo, no caso do aumento injustificado de preços.

Como resultado da experiência estrangeira, ficou evidente a preocupação dos países com a prática comercial abusiva. Nomeados como práticas desleais na

União Europeia e também nos Estado Unidos da América do Norte, estabelecem, como no caso brasileiro, tratamento exemplificativo dos abusos nos respectivos mercados de consumo.

Despertou atenção a experiência norte-americana que considerou nos textos legislativos e reguladores, a figura do dano substantivo para o consumidor como elemento pressuposto para a concretização da proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas. A partir da preocupação pragmática com a figura do dano foi possível complementar o conceito preliminar de prática comercial abusiva. Porém, o dano não foi considerado como pressuposto para aplicação, mas como preocupação a ser endereçada no campo da efetividade. Se é o interesse nos resultados econômicos que motivam a prática comercial abusiva é fundamental endereçar medidas para que este interesse não possa se realizar.

Assim, consideramos prática comercial abusiva a conduta excessiva do fornecedor de produtos ou serviços, que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ofende a boa-fé, é incompatível com a equidade, proporcionalidade, função social e econômica do contrato, lesando interesse patrimonial ou moral do consumidor ou da coletividade, sendo indevida qualquer vantagem econômica ou pagamento realizado.

O âmbito da norma só pode ser elaborado diante do caso jurídico, assim como a concretização da norma de proteção dos consumidores contra as práticas comerciais abusivas. Por isso, na segunda parte da análise foi considerada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Mediante busca realizada na Corte Superior foi possível identificar 116 acórdãos indexados com o artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor.

Outra pesquisa foi realizada e consta no anexo deste trabalho, porém, não foi utilizada de forma direta. Em 4 de novembro de 2016 foi realizada consulta ao Ministério da Justiça para identificar quantos procedimentos administrativos foram instaurados e julgados pela Secretaria Nacional do Consumidor, no período de 2010 até 2016 e quantos procedimentos foram instaurados e julgados neste período com fundamento no artigo 39, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

No dia 5 de dezembro de 2016, mediante Ofício nº 362/2016/CCT/CGTSA/DPDC/SENAJON-MJ²⁹⁰, foi informado que 117 processos haviam sido instaurados e julgados até a presente data. Deste total, 10 processos foram instaurados e 6 processos julgados com fundamento no artigo 39, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Embora não tenham sido as decisões comentadas neste trabalho, foi significativo que 60% dos procedimentos concluídos tenham adotado como sustentação o artigo 39, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. Tais decisões demonstram a importância de um conceito geral de práticas comerciais abusivas que permitam elaborar o programa normativo de proteção ao consumidor contra as práticas comerciais abusivas, presentes na cláusula geral do artigo 39, inciso V, do CDC. Note que o conceito é também integrativo, pois se realiza diante do caso jurídico.

Na elaboração do âmbito normativo foi possível notar a importância dos elementos não linguísticos para compreensão da norma. A proibição de abuso dos consumidores especialmente vulneráveis, por exemplo, prevista no artigo 39, inciso IV, do CDC. Só se torna possível compreender a abusividade se considerarmos os elementos sociais, educacionais, de saúde, entre outros, do consumidor. O abuso e o excesso só serão apreendidos se considerarmos os elementos fáticos, empíricos do caso jurídico que apresentam um conjunto de circunstâncias que resultam em valores.

Após o exame dos artigos 39, 40 e 41, do Código de Defesa do Consumidor foi possível concluir que, diante do paradigma pós-positivista e da metódica da Teoria Estruturante do Direito, que é possível e necessário uma sistematização do regime de proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas e que a aplicação a sua aplicação mediante a elaboração do programa normativo e o âmbito da norma propiciam uma nova abordagem para o direito do consumidor. Pretende-se com isto, fortalecer a segurança jurídica, lastreada em valores substantivos declarados mediante processos constitucionalmente aderentes e com isto, promover a proteção dos consumidores.

²⁹⁰ Documento anexado ao presente trabalho.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ABBAMONTE, Giuseppe. The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition. In: S WEATHERILL, Stephen; BERNITZ, Ulf. *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*. Oxford and Portland: Oregon, Hart Publishing, 2007.
- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.
- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validad del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALMEIDA, Fabíola Meira de. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*: Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 225, jul./set., 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*: Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 225, jul./set., 2001.
- BEALES, Howard; CRASWELL, Richard; SALOP, Steven. *The efficient regulation of consumer information*. *Journal of Law & Economics*, v. 24. Chicago: University of Chicago, 1981.
- BENJAMIN, Antônio H. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Manual de Direito do Consumidor*. 6.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Código de Defesa do Consumidor*. 9.ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Unesp, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 588/1951. Dossiê digitalizado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1221775&filename=Dossie+-PL+588/1951> Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara. Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Art. 17, inciso IX. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20. nov. 2016.

BRASIL. Justiça Federal do Acre. Proc. n. 3278-58.2014.4.02.5001, na 1a Vara Criminal – Justiça Federal – Acre.

BRASIL. *Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.741, de 8 de dezembro de 2012*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12741.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. SUNAB. Portaria Sunab nº 4, de 22 de abril de 1994, publicada no Diário Oficial da União de 26.04.94.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial N. 794.752-MA (2005/0182889-0)*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. *Revista do Superior*

Tribunal de Justiça, v. 22, n.18 p. 387-488, abril/junho 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2010_218_capQuartaTurma.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.053.778 - RS (2008/0085668-8) Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/1319009.PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 1.053.778 - RS (2008/0085668-8)* Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/1319009.PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 911.802 - RS (2006/0272458-6)* Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_servico_publico/Resp911802-RS%20-%20Assinatura%20Basica%20-%20Telefonia.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 332.869-RJ, DJ 2/9/2002*. Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 26/10/2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/107563832/djse-22-01-2016-pg-409>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.251.331/RS. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/5734791651000320>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.403.283/RS. Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/4945270535094272>>. Acesso em: 15 out. 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTRO SAMPAIO, Gustavo Marrone. *O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária*. 2011. 224 f. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

Centre for European Policy Studies. Tying and other potentially unfair commercial practices in the retails financial service sector. Final Report, November 2009.

COMTE, Auguste. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORRIGAN, Patrick M. Abusive acts and practices: Dodd-Frank's Behaviorally

Informed Authority over Consumer Credit Markets and its applicatio to teaser rates. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, v. 18, Issue (2015)

COSTA, Luis Aberto da. *O direito de greve e suas implicações na prestação de serviços públicos e na concretização de direitos sociais fundamentais*. *Revista Thesis Juris*, v.1, n.1, 2012. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/3>>. Acesso em: 08 out. 2015.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Coimbra, Almedina, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

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

FIGAL, Günter. *Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia*. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3.ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HOWELLS, Geraint. *A missed opportunity?: The Regulation of Unfair Commercial Practices under UC Directive 2005/29*. Oxford and Portland: Oregon.

IANNI, Octavio. *Estado e capitalismo: estrutura social e industrialização no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAFFER, Marshall A.; LIPSON, Michael H. Consumer Actions Against Unfair or Deceptive Acts or Practices: The Private uses of Federal Trade Commission Jurisprudence. *48 George Washington Law Review*, n. 521, 1979 -1980.

LYRA, Roberto. *Criminalidade Econômico-Financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 28.

MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em e-book baseada na 7.ed.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Livro eletrônico.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: proposta para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, São Paulo, v. 104. Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Metódica Jurídica e Sistema Político*. Joinville: Bildung editora, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008.

MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008.

NADEL, Mark V. *The politics of consumer protection*. Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971.

NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 18, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis e processuais civis comentadas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, t. 1. Livro eletrônico.

NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra, Coimbra editora, 1983.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 2. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2014.

Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 1.0. 2008.

OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o Júri tradicional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1952.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRIDGEN, Dee; MARSH, Gene. A. *Consumer Protection Law*. 4. ed. St. Paulo: West Academic Publishing, 2016.

RAMSAY, Iain. *Consumer Law and Policy*. 2. ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas Comerciais Abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, p. 35-58, jul./set. 1993.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STIGLITZ, Gabriel. A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASCHNER, Gisela Black. *Proteção do Consumidor: um estudo comparativo internacional*. Relatório de Pesquisa nº1/1995. Núcleo de Pesquisas e Publicações da Escola de Administração de Empresas de São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 1995.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2005/29/CE, 11 de maio de 2005*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:ES:PDF>>. Acesso em: 15 out. 2016.

WEATHERILL, Stephen; BERNITZ, Ulf. *The regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3.ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3.ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

ANEXO A – Ofício da SENACON



3369279

08012.003863/2016-87



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA
COORDENAÇÃO DE CONSULTORIA TÉCNICA DA SENACON

Ofício nº 362/2016/CCT/CGCTSA/DPDC/SENACON-MJ

Brasília, 05 de dezembro de 2016.

Ao Prezado Senhor
RICARDO MORISHITA WADA

Assunto: **Resposta à solicitação de informações**

Prezado Senhor,

1. Cumprimentando-o cordialmente, em atenção ao requerimento encaminhado ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da Justiça e Cidadania (MJC), o qual solicitou informações sobre os processos em trâmite neste Departamento, tais como: *a) quantos procedimentos administrativos foram instaurados e julgados pela Senacon no período de 2010 à 2016, agrupando-se por ano de instauração e julgamento; b) a cada ano (dentro do período de 2010 à 2016), quantos procedimentos administrativos foram instaurados com fundamento no artigo 39, caput e 39, inciso V; e c) a cada ano (dentro do período de 2010 à 2016), quantos procedimentos administrativos foram julgados com fundamento no artigo 39, caput e 39, inciso V*, informamos o que se segue.
2. No período de 2010 à 2016 foram instaurados e julgados 117 processos administrativos, sendo 14 processos no ano de 2010 (8 instaurados e 6 decididos), 16 processos no ano de 2011 (12 instaurados e 2 decididos), 14 processos no ano de 2012 (7 instaurados e 7 decididos), 19 processos no ano de 2013 (8 instaurados e 11 decididos), 19 processos no ano de 2014 (15 instaurados e 4 decididos), 20 processos no ano de 2015 (4 instaurados e 16 decididos) e 15 processos no ano de 2016 (13 instaurados e 2 decididos).
3. Outrossim, noticiamos que em 2010, apenas um procedimento foi instaurado com fundamento no art. 39, *caput* (protocolado nº 08012.002950/2009-98), em 2011 não houve instauração com fundamento no art. 39, *caput* e art. 39, inciso V, no ano de 2012 foram feitas 03 instaurações com fundamento no art. 39, inciso V (protocolados nº 08012.000491/2010-41, 08012.003225/2008-56 e 08012.006239/2009-11). Em 2013 houve um caso de instauração com fundamento no art. 39, inciso V (protocolado nº 08012.007200/2006-60) e em 2014 tivemos 04 casos de procedimentos

instaurados com fundamento no art. 39, inciso V (protocolados nº 08000.028826/2013-78, 08000.028827/2013-12, 08000.028828/2013-67 e 08000.028829/2013-10). No ano de 2015 houve uma instauração com fundamento no art. 39, inciso V (protocolado nº 08012.003163/2014-21) e em 2016 foram instaurados 3 procedimentos com o fundamento no art. 39, inciso V (protocolados nº 08012.002025/2009-67, 08012.002116/2016-21 e 08012.003163/2014-21).

4. Por fim, quanto aos processos decididos, noticiamos que em 2010, 2011 e 2012 nenhum processo foi decidido com fundamento no art. 39, *caput* ou no art. 39, inciso V. Em 2013 houve um caso de decisão com fundamento no art. 39, inciso V (protocolado nº 08012.003225/2008-56) e em 2014 tivemos 01 processo decidido com fundamento no art. 39, inciso V (protocolado nº 08012.000242/2013-07). No ano de 2015 houveram 04 casos de decisão com fundamento no art. 39, inciso V (protocolados nº 08000.028826/2013-78, 08000.028829/2013-10, 08001.002340/2003-28 e 08012.002950/2009-98) e em 2016 tivemos um processo decidido com o fundamento no art. 39, inciso V (protocolado nº 08012.006239/2009-11).
5. Sem mais para o momento, permanecemos à disposição para, juntos, construirmos a Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Atenciosamente,

KLEBER JOSÉ TRINTA MOREIRA E LOPES

Coordenador-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas



Documento assinado eletronicamente por **Kleber José Trinta Moreira e Lopes**,
Coordenador(a)-Geral de Consultoria Técnica e Processos Administrativos, em 06/12/2016,
às 12:30, conforme o § 2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200/01.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br>
informando o código verificador **3369279** e o código CRC **03B385D4**
O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça.

Referência: Caso responda este Ofício, indicar expressamente o Processo nº 08012.003863/2016-87

SEI nº 3369279

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Ed. Sede, Sala 522, - Bairro Zona Cívico-Administrativa, Brasília/DF,
CEP 70064-900

Telefone: (61) 2025-9669 / 3170 Site: - www.justica.gov.br