



O Direito Consumerista e os limites impostos pelo mercado

O ano de 2021 traz inúmeros desafios, entre eles a correta interpretação do CDC em relação as inúmeras leis editadas e julgamentos de demandas consumeristas no nosso país. Sustentamos o entendimento que o CDC é um código que possui como eixo a *persona* do consumidor, a "proteção do consumidor" no mercado de consumo, presumindo o mesmo como parte vulnerável, ao contrário das outras leis de defesa do consumidor de outros países da Europa, que buscam a proteção da relação jurídica ou mesmo o foco no mercado de consumo. Carlos Maximiliano leciona que "*interpretar é explicar, dar o significado do vocábulo, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão*" [\[1\]](#), significando afirmar que o intérprete deve extrair da norma tudo o que a mesma contém. A interpretação opera sobre ato de vontade representado na lei, podendo o intérprete utilizar de vários métodos de interpretação como gramatical, lógico, sistemático, finalístico. Em relação ao Direito do Consumidor, o legislador consignou no texto constitucional [\[2\]](#) a vontade do Estado de reconhecer como direito fundamental a defesa do consumidor, na expressão de Cláudia Lima Marques, como agente constitucionalmente identificado [\[3\]](#). Destarte a interpretação finalística do CDC tem amparo na defesa do consumidor, e não do mercado, daí a razão do nome *juris* CDC, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos alienígenas que preferiram a terminologia "código do consumo", em atenção à proteção da relação jurídica.



Este ensaio, sem a pretensão de esgotar o assunto, busca refletir a respeito

da interpretação que os nossos tribunais posicionam a respeito das demandas consumeristas, considerando a disputa entre o risco da atividade do fornecedor e as imposições a que o mercado submete o consumidor, principal protagonista da sociedade de consumo. No tocante à interpretação feita pelos tribunais no Brasil, atualmente o sistema jurídico possui elementos extraídos da *civil law* e da *common law*. Podemos dizer que ambos os sistemas adotam, hoje, a teoria dos precedentes. No estudo da hermenêutica jurídica, nos deparamos com diversos doutrinadores que buscam dar o destaque para a correta interpretação da lei. John Rawls explica que, embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo visando a vantagens mútuas, é tipicamente marcada por conflito, bem como identidade e interesses [4]. Em Kant, duas questões são essenciais para se entender a metodologia para interpretação da norma hoje. Podem ser percebidas por intermédio das expressões de *mundus sensibilis* e *mundus intelligibilis*. Aqui reside a diferença entre o *gegenstand* e *objekt*. O *gegenstand* refere-se ao mundo sensível ao conjunto dos fenômenos, tudo que já está criado, e o *objekt* ao consenso de ideias no mundo inteligível ou entendimento [5]. Hans Kelsen afirma que pode haver discrepância, total ou parcial, entre o sentido verbal da norma e a vontade do legislador [6]. Perter Häberle explica que na interpretação teleológica, o julgador busca analisar a vontade do legislador contida na própria lei, verificando qual o objetivo ele pretendia atingir [7]. Não é objeto deste ensaio a escolha entre os diversos doutrinadores da hermenêutica jurídica, aquele que possa interpretar o Direito do Consumidor de forma autêntica, mas um fato é certo: nas demandas envolvendo relação jurídica de consumo, a interpretação teleológica do CDC deve ser feita em conformidade com a finalidade da edição da lei, sendo um código de "proteção" e "defesa" do consumidor, e não do mercado de consumo.

Fernando Martins defende que as "*fontes estão pulverizadas na teoria geral do direito do consumidor*", concluindo que "*as fontes fazem parte da construção, interpretação e aplicação do direito do consumidor, permitindo sua renovação e a franca multidisciplinaridade com as demais instâncias dogmático-axiológicas, também fundamentadas por suas próprias fontes*" [8].

Interpretações equivocadas, julgadas contrárias ao entendimento do Direito do Consumidor, ainda hoje são comuns nos nossos tribunais. Tomemos, por exemplo, a Súmula 381 do STJ, que, apesar das críticas dos doutrinadores consumeristas, mantém o entendimento da impossibilidade de o juiz apreciar *ex officio* cláusulas contratuais abusivas nos contratos bancários, sendo certo que o CDC possui normas de ordem pública e o artigo 51 expressa a nulidade absoluta [9]. Entretanto, destacamos interpretações dos tribunais que merecem aplausos do Direito Consumerista, como no caso da demanda envolvendo a repetição do indébito. O direito do consumidor era interpretado no sentido de que o consumidor somente teria direito a devolução em dobro em razão da má-fé do fornecedor ou mesmo culpa, em decorrência da interpretação da expressão "*salvo hipótese de engano justificável*" (artigo 42, parágrafo único *in fine*) [10]. Nesse sentido, duas concepções interpretavam a expressão. A concepção subjetiva, liderada por Arruda Alvim, afirma que a repetição em dobro somente é possível se demonstrada a má-fé ou ao menos a culpa (receio de cancelar o enriquecimento sem causa do consumidor). Assim, se a cobrança indevida decorrer de um equívoco, não atribuível a má-fé ou culpa do fornecedor, não se permite a restituição em dobro, sustentando que para a imposição da sanção civil, faz-se mister a



— seja das pessoas jurídicas, seja dos respectivos profissionais — na execução de atividades de saúde como serviço público indivisível e universal, há de ser, por conseguinte, afastada a incidência das regras do CDC" [16]. Dessa forma, o STJ resolveu alinhar o entendimento, que a nosso juízo é o mais correto, diferenciando dos serviços públicos regulados pelo CDC e pela lei do usuário do serviço público.

Entre as diversas interpretações que diariamente são feitas do CDC na aplicação do direito ao caso concreto, destaca-se a questão do erro na oferta dos produtos, que, ao nosso aviso, são consequências do risco do negócio jurídico [17]. O fornecedor que expõe o seu produto no mercado, sem a devida revisão do texto que irá circular no mercado, deve arcar com ônus da sua falta de diligência, em razão de sua desídia. A teoria do erro (escusável/inescusável), aplicável no CC, deve ser interpretada com reservas no Direito do Consumidor, devendo dar destaque para o princípio da vinculação da oferta e a boa-fé objetiva com previsão no CDC em face de inúmeras demandas ocorridas no mercado. A errata deve ser a exceção, e não a regra [18]!

Hodiernamente, a interpretação do Direito do Consumidor tem como desafio novas barreiras que estão sendo criadas para o exercício do direito do vulnerável, por exemplo, no aspecto processual, a exigência de somente ser possível propor uma ação após reclamação formulada perante o fornecedor, em atenção ao princípio da demanda resistida, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição e o direito básico do consumidor que determina a facilitação da defesa do consumidor. Conforme apontado, a forma como os valores são ponderados pelos magistrados, comparado a interpretação feita pelos tribunais, é que recai a maior parte das preocupações, em especial em relação ao Direito do Consumidor, parecendo indicar que o método interpretativo está a cargo de cada julgador. Verificamos a necessidade de observar, na interpretação das demandas deduzidas em juízo, a teoria do risco do negócio em confronto com a teoria da defesa do consumidor. Preferimos a doutrina daqueles que alicerçam a interpretação do Direito do Consumidor, reconhecendo o desequilíbrio entre o fornecedor e consumidor e a necessidade de defender o consumidor frágil em face ilicitude lucrativa do fornecedor, consoante doutrina de Pedro Rubim [19].

[1] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.p.23.

[2] Vide CF, artigo 5 XXXII e artigo 170, V.

[3] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no CDC: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 776.

[4] RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad.: Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 4-7.



[5] Idem, p. 298.

[6] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. Trad.: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-247.

[7] Häberle, Peter, *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 131.

[8] Martins, Fernando Rodrigues e Ferreira, Keila Pacheco. A contingente atualização do código de defesa do consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 83/2012. p. 11 – 53. Jul – Set / 2012.

[9] Súmula 318 do STJ: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

[10] Almeida, Luiz Claudio Carvalho de. A Repetição do Indébito em Dobro no Caso de Cobrança Indevida de Dívida Oriunda de Relação de Consumo como Hipótese de Aplicação dos Punitive Damages no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 54/2005 p. 161 -172. Abr – Jun. 2015.

[11] STJ – RESP 1.645.589 – MS (2016/0186599-2).

[12] TJ-RJ – 2001.001.23333 – AC- 15 CC. Des. Sérgio Lúcio Cruz – 06/02/2002.

[13] Martins, Guilherme Magalhaes e Modenesi, Pedro. A proteção do adimplente diante da abusiva cobrança da instituições financeiras e a jurisprudência do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 130. p. 479-487. Ago/2020.

[14] O STJ tratou no dia 21.10.2020 sobre o tema da repetição em dobro prevista no artigo 42 do CDC. [ConJur – Devolução em dobro por cobrança indevida não exige má-fé, diz STJ](#), por Danilo Vital. 21.out.2020.

[15] Martins, Plínio Lacerda. Conserto de produtos: perda da posse/propriedade do produto pelo abandono. Prática comercial abusiva. Publicado na *Revista MPMG Jurídico*. Ano III–out/nov/dez de 2007.Belo Horizonte:CEAF.2007, p.29-30. Publicado no Migalhas em 2018 disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/273045/prazo-para-o-consumidor-retirar-o-produto-para-conserto-res-derelecta>



. Acesso em 01 dez. 2021.

[16] STJ Resp nº 1.771.169 – SC (2018/0258615-4).

[17] Leonado Roscoe orienta no sentido que toda oferta publicitária vincula o fornecedor. Vale dizer, o obriga a cumpri-la (artigo 30 do CDC). É completamente inválida a retratação. Até porque, além da possibilidade de alguns consumidores não terem tomado conhecimento dela, defeitos em publicidade constituem riscos que o fornecedor deve assumir. Se houve erro na divulgação, que o assuma quem o praticou. BESSA, Leonardo Roscoe. Coluna Direito do Consumidor. Correio Braziliense, 12.05.2014.

[18] Disponível em: <

<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA41C39AD0014210800FDF>

>. Acesso em 02 jan. 2021.

[19] FORTES, Pedro Rubim Borges. O Fenômeno da Ilícitude Lucrativa. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n.1, p. 104-132, jan./abr. 2019.

Date Created

06/01/2021