

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

**A LOCAÇÃO DE BENS  
ENQUANTO RELAÇÃO DE CONSUMO**

**Luiz Carlos Goiabeira Rosa**

**Belo Horizonte**  
**2010**

**Luiz Carlos Goiabeira Rosa**

# **A LOCAÇÃO DE BENS ENQUANTO RELAÇÃO DE CONSUMO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza

**Belo Horizonte  
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R788a Rosa, Luiz Carlos Goiabeira  
A locação de bens enquanto relação de consumo / Luiz Carlos Goiabeira.  
Belo Horizonte, 2011.  
124 p.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Consumidores. 2. Locação de serviços. 2. Locação de imóveis. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU:347.453

Luiz Carlos Goiabeira Rosa  
**A LOCAÇÃO DE BENS ENQUANTO RELAÇÃO DE CONSUMO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, área de concentração Direito Privado, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

---

Professor Doutor Adriano Stanley Rocha Souza (Orientador) – PUC Minas

---

Professor Doutor César Augusto de Castro Fiúza – PUC Minas

---

Professora Doutora Taísa Maria Macena de Lima – PUC Minas

---

Professor Doutor Marcelo Andrade Feres - UFMG

---

Professor Doutor Giordano Bruno Soares Roberto - UFMG

Belo Horizonte, \_\_\_\_\_ de dezembro de 2010.

Dedico esta obra a Deus, sem o qual nada seria possível;

aos meus pais Antônio e Marlene, que ao longo destes trinta e seis anos dedicaram a mim tanto amor, carinho e compreensão, e há trinta e um anos acreditaram no caçula de cinco anos e o colocaram no pré-primário;

à minha tão amada Fernanda, que com amor e paciência apoiou-me e me animou nos momentos de cansaço e desânimo;

aos meus tão amados filhos Pedro e Miguel, fontezinhas de luz enviadas por Deus para iluminar o nosso lar;

e aos meus irmãos Luiz Antônio e Luciana, que me apoiaram incondicionalmente desde o começo de meus estudos.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza, o qual, com muita paciência e compreensão, ensinou-me precioso saber e me orientou neste trabalho de forma sábia e perfeita;

Ao Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza, pela amizade, companheirismo, ensinamentos e apoio em minha trajetória acadêmica;

À Profa. Ms. Maria das Graças Nunes Ribeiro, por quem tenho muito carinho e admiração, a qual, desde os meus tempos de graduação, auxiliou-me de forma imprescindível em minha trajetória acadêmica, profissional e pessoal;

Aos Professores Dr. Fernando Rodrigues Martins e Patrícia Rizzotto, pela igual amizade e prestimosidade no auxílio à pesquisa e no preparo para o ingresso no Doutorado; Profs. Drs. Cícero José Alves Soares Neto, Leonardo Macedo Poli, Maria de Fátima Freire de Sá e Taísa Maria Macena de Lima, pelos valiosos ensinamentos ministrados e pela compreensão quanto às minhas dificuldades no decorrer do curso;

Às amigas da UFU Mara Alves Soares, Marli Auxiliadora da Silva, Geisa Cândida da Silva, aos amigos da UFU e irmãos de coração Marcus Sérgio Satto Vilela e Luiz Fernando Moreira Izidoro, e ao amigo da PUC e irmão de coração Minas André Henrique de Almeida, os quais me auxiliaram por várias vezes no meu doutoramento;

Aos Professores Doutores Marcelo Andrade Feres e Giordano Bruno Soares Roberto, por gentilmente darem-me a honra de participarem de minha defesa de tese;

A todos os meus alunos da Universidade Federal de Uberlândia – Campus do Pontal, por me estimularem a me esforçar cada vez mais para ensinar cada vez melhor;

A todos que de alguma forma contribuíram para o presente trabalho, aos quais peço imensas desculpas por não me recordar dos nomes para aqui nominá-los.

Há pessoas que desejam saber só por saber, e isso é curiosidade; outras para alcançarem a fama, e isso é vaidade; outras para enriquecerem com sua ciência, e isso é um negócio torpe; outras para serem edificadas, e isso é prudência; outras para edificarem os outros, e isso é caridade.

*São Tomás de Aquino*

## RESUMO

A presente tese visa a provar a possibilidade de ser a locação de bens relação de consumo. Através do método dedutivo, demonstrar-se-ão as implicações da evolução social sobre o ordenamento jurídico, e a necessidade deste em acompanhar as mudanças de valores e princípios da sociedade. Outrossim, provar-se-á em sede de relação de consumo a preferência da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em nível infraconstitucional, a todas as demais leis, notadamente as Leis nº 10.406/02 (Código Civil) e nº 8.245/90 (Lei do Inquilinato), posto a primeira ser o prolongamento de um princípio constitucional – a proteção do consumidor. Frisar-se-á a mudança do paradigma civilista para o consumerista de bem, produto e serviço, pelo que o trabalho explicará a conotação de “produto” para fins consumeristas, mais abrangente que a noção de “bem”, e apresentará um conceito mais didático e abrangente da expressão “atividade”, caracterizadora do serviço prestado pelo fornecedor na relação de consumo. Por fim, ter-se-á por resultado a possibilidade de enquadramento de locador e locatário respectivamente nas figuras de fornecedor e consumidor definidas pelo Código de Defesa do Consumidor, concluindo-se por conseguinte poder ser a locação negócio jurídico regido pelo Código Consumerista.

**Palavras-chave:** consumidor, locação, serviço, atividade.

## ABSTRACT

The present thesis aims at to prove the possibility of location of things being a consumption relation. Through the deductive method, it will demonstrate the implications of the social evolution on the legal system, and the necessity of this in following the changes of values and principles of the society. In this way, it will prove in consumer relationship range the preference of the Law nº 8.078/90 (Consumer Defense Code), in infraconstitutional level, to all the rest of the laws, mainly Laws nº 10.406/02 (Civil Code) and nº 8.245/90 (Lease Law) due to the first be the prolongation of a constitutional principle - the protection of the consumer. It will be emphasized change of the civilist paradigm for the consumption relation of thing, product and service, for what the study will explain the connotation of "product" for consumer relationship ends, more including than the notion of "thing", and will present a more didactic and including concept of the expression "activity", which characterizes the service given for the supplier in the consumption relation. Finally, the result of the research will be the possible framing of landlord and renter respectively in the figures of supplier and consumer defined by the Code of Defense of the Consumer, concluding itself therefore possibly to be the location legal transaction conducted by the Consumer Code.

**Word-key:** consumer, location, service, activity.

## SOMMARIO

Questa tesi si propone di dimostrare di essere la possibilità del luogo delle cose per il rapporto del consumo. Con il metodo deduttivo, dimostrerà le implicazioni dello sviluppo sociale sul sistema legislativo e la necessità di questo in quanto segue i cambiamenti dei valori ed i principii della società. Così, se lo rivelerà nel ambito della rapporto del consumo la preferencia del CDC, nel livello di infraconstitutionalità, a tutto il troppo leggi, in particolari di leggi n°10.406/02 ( Codice Civile) e n° 8.245/90 (Legge del Contratto d'affitto), essere chiamato la prima una proroga di un principio costituzionale - la protezione del consumatore. Ci sarà cambiamento dato risalto a del paradigma di civiliste per il paradigma di consumistica di buon, del prodotto e del servizio, dato che che cosa il lavoro spiegherà la connotazione del "prodotto" per le estremità di consumeristas, più compreso che la nozione di "bene" e presenterà un più didattico ed includere il concetto dell'espressione "attività", caracterizadora del servizio dato per il fornitore nel rapporto del consumo. Per concludere, il risultato della ricerca sarà la possibile incorniciatura del proprietario e del renter rispettivamente nella figure del fornitore e del consumatore definiti dal Codice di Difesa del Consumatore, concludentesi quindi per essere probabilmente la transazione legale di posizione condotta dal Codice del Consumatore.

**Parola-chiave:** consumatore, posizione, servizio, attività.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Ap. - Apelação

Art. - Artigo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CC – Código Civil

CC/2002 – Código Civil de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

Coord. – Coordenador (a)

Des. – Desembargador (a)

LI – Lei do Inquilinato

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

Min. – Ministro (a)

ONU – Organização das Nações Unidas

Org. – Organizador (a)

Rel. – Relator (a)

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TA – Tribunal de Alçada

TJ – Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: DA PROPRIEDADE À PESSOA .....</b>	<b>14</b>
	<b>43</b>
<b>3. DA APLICABILIDADE DO CDC E DA LEGISLAÇÃO EM GERAL ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO</b>	<b>43</b>
3.1. O advento dos microssistemas e a coexistência com o CC.....	51
3.2. Da aplicabilidade do CDC e da legislação em geral às relações de consumo.....	52
3.3. Da aparente antinomia entre o CDC e a Lei do Inquilinato.....	53
<b>4. O VIÉS PRINCIPOLÓGICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....</b>	<b>56</b>
<b>5. DA LOCAÇÃO DE COISAS ENQUANTO RELAÇÃO DE CONSUMO</b>	
5.1. Do conceito de relação de consumo.....	64
5.2. Do locatário enquanto consumidor.....	64
5.3. Do objeto da relação consumerista .....	75
5.3.1. <i>Produto</i> .....	75
5.3.2. <i>Serviço e sua concretização na obrigação de locar</i> .....	80
5.4. Do locador enquanto fornecedor.....	89
5.5. Da relevância da locação de coisas enquanto relação de consumo	96
5.5.1. <i>Da responsabilidade objetiva do locador enquanto fornecedor</i> .....	97
5.5.2. <i>Da inversão do ônus da prova em favor do locatário</i> .....	104
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>107</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>110</b>

## 1. INTRODUÇÃO

É a locação de coisas relação de consumo? Doutrina e jurisprudência majoritárias asseveram não ser, fundamentando tal entendimento em dois fundamentos básicos: não se vislumbra em tal negócio jurídico as figuras do consumidor e do fornecedor e, mesmo se se tratasse de relação de consumo, na locação de bens imóveis urbanos a Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato; BRASIL, 1991) teria primazia sobre a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor; BRASIL, 1990) em razão do princípio da Especialidade. Contudo, são errôneas as premissas sobre as quais se nega a submissão da *locatio rei* ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois se apoiam em fundamentos essencialmente civilistas e diversos das diretrizes constitucionais e consumeristas.

Com efeito, quando o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) assevera que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, tem-se que sua *ratio essendi* é a proteção do modo mais amplo e eficaz possível ao consumidor. Portanto, por se tratar de um corolário de comando positivado pela Constituição Federal (CF), o CDC consubstancia-se num sistema jurídico aberto, na medida em que, longe de se restringir a um contrato, regula a relação consumerista *lato sensu*: ou seja, toda e qualquer relação em que haja um destinatário final de produto ou serviço e um fornecedor habitual e remunerado e de tais modalidades. É dizer: o CDC trata de *relação de consumo*, e não apenas do “contrato” de consumo. Assim, o que se deve observar prioritariamente são as figuras de um consumidor e de um fornecedor, para somente em segundo plano analisar a existência ou não de uma relação de consumo típica (contrato de consumo) ou atípica (relação de fato).

Isto porque, o CDC tem um matiz supranormativo e principiológico: sua aplicabilidade à relação jurídica gira em torno das pessoas do fornecedor e do consumidor, uma vez visualizado de um lado quem tenha por hábito fornecer produtos ou serviços sob remuneração e de outro lado um destinatário final do produto ou dos efeitos concretos do fornecimento de serviço. Ou seja: a finalidade precípua do CDC é regular os interesses das pessoas do fornecedor e do consumidor, e secundariamente a relação jurídica travada entre estes – no que é válido dizer-se que o CDC tem uma aplicação *ratione personae*.

Destarte, consistindo a obrigação do locador em um dar ou fazer, o fato é que o locatário será o destinatário final das conseqüências e resultados concretos do uso e gozo do bem locado, pelo período da locação. E se o locador tiver por hábito a locação de bens, aqui se aplica o CDC em razão de sua diretriz finalística e por força art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>1</sup> (BRASIL, 1942), posto que o Compêndio Consumerista reflete a regra do art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal: promover a defesa do consumidor, e não somente a regularidade do contrato de consumo.

Isto posto, diante da necessidade de se explicitar o perfeito enquadramento no contexto do CDC, a presente tese propõe-se a apresentar e comprovar a locação de coisas enquanto relação de consumo, desconstituindo os fundamentos contrários ao comprovar dois paradigmas: um, o de que a locação de coisas pode ser relação de consumo; outro, o de que nem o Código Civil e nem a Lei do Inquilinato não têm preferência ao CDC na locação de coisas, pois o Código Consumerista é a materialização de um imperativo expresso da Constituição Federal e portanto de natureza principiológica.

Mediante aplicação do método dedutivo, partir-se-á do conceito de personalidade através da evolução sacionormativa até a superioridade do CDC sobre a legislação infraconstitucional, norteadando-se tal mister pelos princípios constitucionais da proteção do consumidor e da dignidade humana. Ainda, a pesquisa bibliográfica e qualitativa abordará a interação dinâmica e indissociável entre o contrato de locação e o universo das relações de consumo, à luz dos princípios consumeristas, bem como demonstrará a perfeita adequação da locação de coisas aos requisitos e elementos caracterizadores da relação de consumo, e as conseqüências benéficas de tal enquadramento tanto para as partes (locador e locatário) como para a sociedade.

Para tanto, analisar-se-á a amplitude do dever de proteção estatal ao consumidor, consubstanciada no art. 5º, inciso XXXI I, da CF; discutir-se-á sobre o conceito social e jurídico de “serviço”, bem como sua correlação com a definição prevista no art. 3º § 2º do CDC; expor-se-á e se comprovará a adequação do locador e locatário às respectivas figuras do fornecedor e consumidor, tais quais se

---

<sup>1</sup> Art. 5º. “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

apresentam no CDC; comentar-se-á sobre a mudança evolutiva da principiologia norteadora do negócio jurídico e dos conceitos distintos, em relação ao sistema civilista, que o microssistema das relações de consumo impõe a figuras tais como bem e produto, serviço e prestação de serviço, atividade e obrigação de fazer. Por fim, demonstrar-se-á a perfeita adequação da locação de bens à figura da relação de consumo e as consequências benéficas de tal enquadramento tanto para as partes como para a sociedade.

## 2 A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: DA PROPRIEDADE À PESSOA

Em seus primórdios, as sociedades humanas estruturavam-se de forma relativamente simples, se comparadas com as hodiernas: segurança contra invasores, perpetuação da sociedade e abastecimento de comida eram as diretrizes. A pouca complexidade de tal núcleo de prioridades facilitava o regramento das condutas dos indivíduos através de leis casuístas e específicas a determinadas hipóteses, sem a necessidade de uma abrangência normativa maior do que a aplicável a um caso concreto; isso se verificava no próprio sistema legal que regia as sociedades, o qual se apresentava sob a forma de um emaranhado de leis, casuística e destituído de enunciados gerais e abstratos.

Nas sociedades primitivas, por exemplo, era regra a *vingança coletiva*: um grupo social, em uma forma de demonstrar a união de seus membros e a supremacia ante outras sociedades, revidava à agressão cometida por estranhos a um de seus componentes. Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido. (GAGLIANO ; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 10)

Com a evolução dos grupos humanos e a reelaboração dos conceitos sociais, iniciou-se o período da *vingança particular*: apenas o ofendido buscava a satisfação ao dano sofrido – o até hoje conhecido “fazer justiça pelas próprias mãos”. Mencionada atitude redundava em uma forma primitiva, e até mesmo selvagem, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido - no entanto, solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal (LIMA, 1998, p. 10).

Assim, quase todas as sociedades antigas elegeram como norma a pena de Talião, em que o ofensor deveria sofrer o mesmo dano causado ao ofendido. Para os povos primitivos, muito mais apegados aos instintos que à razão, o preceito “*olho por olho, dente por dente*” era a mais aceita e considerada eficiente forma de se reparar um dano: à época, objetivando-se unicamente a vingança em detrimento da

efetiva reparação do dano e se ignorando a inocuidade do exercício da vindita, entendia-se que a aplicação do preceito enquanto sanção ao culpado reduzia consideravelmente a dor da vítima.

Em outras palavras: ingressa na órbita jurídica após ultrapassada, entre os povos primitivos, a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na ideia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado a outra pessoa era considerado contrário ao direito natural (SANTANA, 1997, p. 4).

Entretanto, de acordo com Aristóteles (2001, p. 14), o homem é um animal político por natureza, que deve viver em sociedade. Consequentemente, no convívio social o comportamento individual interfere na vida dos outros, necessitando-se portanto de organização para se estabelecer e manter a paz, tornando-se estas mais complexas à medida que assim se torna a sociedade.

Tal organização alcança-se através do cumprimento a normas e regras condutoras de obediência, as quais englobam os direitos e prerrogativas morais do ser humano, emprestando-lhes coercibilidade, imperatividade, atributividade e generalidade. Assim, migra-se do interesse particular para o coletivo, passando-se a elencar como prioridade a paz e ordem sociais e a se relegar o interesse individual a segundo plano.

Nesse contexto, evidencia-se a necessidade de um ente neutro e ao mesmo tempo ligado à sociedade, para sua organização e regulação. Surge então o Estado, concomitantemente à época da *composição*, qual seja a transformação do prejuízo em reparação pecuniária, em uma forma de se substituir a vindita – apesar de subsistir, ainda, a retaliação como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

Bem assim, observa-se a imperiosidade de normas que tenham um conteúdo abstrato de regramentos, de forma a se poder abordar o maior número possível de condutas e assim ser útil por mais tempo enquanto reguladora da sociedade. Nesse sentido, passou-se a adotar a consolidação de leis, que se consubstanciava numa tentativa de condensação e otimização do emaranhado de normas casuísticas até então adotado como sistema: apesar de também casuísta, a consolidação de leis representou um avanço por ter em seu corpo enunciados gerais e abstratos, tendo assim maior alcance que as normas casuísticas.

Tal figura (consolidação) teve ampla repercussão na Antiguidade: na Suméria, na Babilônia e na antiga Índia, surgiram consolidações de leis regulamentando casos concretos. Exemplo disso é o mais antigo compêndio de que se tem notícia ao longo da história da civilização humana: o Código de Ur-Nammu, colocado em vigor por Ur-Nammu, considerado o fundador da terceira dinastia de Ur, do país dos primitivos povos sumerianos.

No Código de Ur-Nammu, havia dispositivos normativos que regulamentavam a reparação de dano causado por ofensa específica e concreta, exemplificando-se assim nos seguintes trechos o casuísmo em que se consubstanciavam as consolidações primevas:

[...] a) se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé cortou: 10 siclos de prata deverá pagar;<sup>2</sup> b) se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar;<sup>3</sup> c) se um homem, a um outro homem, com um instrumento *geshpu*, houver decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar. (SILVA, 1999, p. 66).

Ainda, observa-se o Código de Manu, a codificação mais antiga que surgiu na Índia. Na mitologia hinduísta, *Manu Vaivasvata*, religioso e considerado o pai do Hinduísmo, foi o responsável pela sistematização das leis sociais e religiosas de todo o hinduísmo, dando-se a tal a denominação de "Código de Manu" - interferindo até os dias atuais na vida social e religiosa da Índia, onde o Hinduísmo é a principal religião (SILVA, 1983, p. 15).

Entre outros, previa o Código de Manu em seu § 225 do livro VIII: aquele que, por maldade, proclamasse não ser virgem uma jovem, estava sujeito ao pagamento de cem *panas*. Ainda, o § 237 do livro IX estabelecia que, como reparação pelo dano moral advindo da *maculação*, por quem quer que fosse, do leito de núpcias de seu pai espiritual, teria o ofensor, impressa em sua face, a *marca infamante representando as partes naturais da mulher*. (SILVA, 1999, p. 67)

Por sua vez, o Código de Hamurabi, em verdade, também se consubstanciava numa consolidação de leis casuísticas, posto não possuir em seu conteúdo explícito regras gerais, princípios amplos, açambarcadores de hipóteses diversas. Nele, denota-se a existência apenas de preceitos circunscritos a casos específicos, frutos dos hábitos de costumes da civilização babilônica, tais como se

<sup>2</sup> Siclo constitui uma moeda de prata pesando seis gramas.

<sup>3</sup> Uma mina de prata equivalia a 500 (quinhentos) gramas de prata.

um homem livre fizesse perder a vista ao filho de um outro homem igualmente livre, sofreria a perda de um olho.

Outrossim, a mudança de parâmetros culturais refletiu-se no ordenamento jurídico: a evolução da sociedade e a conseqüente e crescente complexidade de sua estrutura e relações exigiam sistema normativo mais eficiente, que tivesse maior perenidade, alcance e eficácia em relação à conduta de seus membros. O ordenamento jurídico necessitou importar interesses, regras e linguagens de outras ciências, para poder se adequar à nova realidade social e assim suprir as nascentes e crescentes deficiências da consolidação de leis enquanto sistema.

Tal cenário se deveu por ter a consolidação, nos dizeres de Lorenzetti (1998, p. 43), “natureza insular”, isto é, um isolamento de outros sistemas em razão de uma pretensa auto-suficiência permanente em regular a sociedade e a conduta de seus membros através da previsão normativa de todos os casos concretos possíveis e passíveis de acontecerem. Vê-se aqui uma tentativa frustrada de se contrariar a essência do próprio Direito na medida em que, enquanto objeto cultural, este também necessita sofrer transformações em seus conceitos e paradigmas para poder acompanhar as iguais transformações evolutivas por que constantemente passa a sociedade.

Destarte, verificou-se uma tendência a se manter um compêndio único de normas que regulasse a sociedade, porém com um caráter abstrato e por isso com maior amplitude. Nascem então os primeiros códigos enquanto sistemas normativos, tais quais a Lei das XII Tábuas no Direito Romano, ou ainda, na Idade Média, o Código Canônico, o qual serviria de paradigma normativo até a ruptura do Estado com a Igreja Católica, no que viria a culminar no século XVII com o Estado Liberal de Direito.

Nos anos finais da Idade Média, a então nascente burguesia viu-se limitada pela ausência de normas que regulassem com eficácia as relações comerciais, e ao mesmo tempo pela sufocante imposição de normas que, a pretexto de defenderem os ideais cristãos, submetiam as relações jurídicas ao beneplácito da Igreja. Assim, sob o pretexto de se exigir do Estado o reconhecimento às liberdades e aos direitos individuais, a classe burguesa incitou a população a se insurgir contra esse sistema normativo draconiano, rompendo assim com o *Anciën Regime*.

Finda-se então o período conhecido por pré-modernidade, caracterizado pelas credices religiosas e místicas e ausência de individualidade: o ser humano

não era considerado individualmente – ou seja, como um sujeito de direitos e deveres - mas como um membro de uma coletividade sem valor em si, tão-somente válido enquanto útil para essa coletividade, tal qual uma coisa (Alves Jr., 2008).

Conforme bem obtempera Alves Jr.:

Na pré-modernidade, a idéia de direitos fundamentais como um núcleo de proteção do ser humano (enquanto indivíduo ou pessoa) é inexistente. Em algumas sociedades, a depender das crenças religiosas o ser humano gozava de respeito e dignidade por ser semelhante à divindade e por ser a sua vida pertencente à divindade. Daí que os atentados contra o ser humano poderiam ser considerados como violações aos mandamentos divinos. As principais garantias das pessoas encontravam-se em normas de natureza religiosa. A autoridade divina e os seus sacerdotes se sobrepunham às autoridades políticas. (ALVES JR., 2008)

Por ocasião do movimento conhecido por Renascimento (1300 – 1650 d. C.), evidenciaram-se os métodos racionais, analíticos e sintéticos para a investigação do ser humano enquanto pessoa, que viriam a ser sistematizados por pensadores entre os quais René Descartes (1596 – 1650 d. C.): a civilização europeia passou por uma evolução no campo da literatura, artes e ciências, adotando-se como cerne de tal progresso a valorização do homem (Humanismo) e da natureza, rompendo-se assim com a dogmática católica do divino e do sobrenatural, conceitos que até então eram adotados por parâmetros da cultura da Idade Média.

Os ideais renascentistas culminaram no Iluminismo, movimento surgido em fins do século XVII, cuja premissa básica era a defesa da supremacia da razão sobre a religiosidade e credices dominantes na Europa desde a Idade Média. Não sem motivo, deu-se o nome de “Iluminismo” porque os respectivos adeptos tinham por objetivo clarear as trevas em que se imergiu a sociedade até então, através da razão e do esclarecimento cultural e não somente pela fé enquanto justificativa para todas as questões.

Citado por Abagnano (2007, p. 535), Kant bem sintetiza:

O Iluminismo é a saída dos homens do estado de *minoridade* devido a eles mesmos. *Minoridade* é a incapacidade de utilizar o próprio intelecto sem a orientação de outro. Essa minoridade será devida a eles mesmos se não for causada por deficiência intelectual, mas por falta de decisão e coragem para utilizar o intelecto como guia. “*Sapere aude!* Tem coragem de usar teu intelecto!” é o lema do Iluminismo. (KANT apud ABAGNANO, 2007, p. 535)

Ao idealizar o homem enquanto ser pensante e dotado de existência própria e individual, enfatizou-se a capacidade da pessoa humana de interagir com seus semelhantes ou até mesmo consigo. Conseqüentemente, as regras de convivência social deveriam ser estipuladas por métodos baseados na razão humana e principalmente na individualidade do ser, concretizando-se assim a máxima *cogito ergo sunt* proposta por Descartes.

Essa nova abordagem da pessoa humana enquanto ente racional viria a culminar na corrente filosófica iluminista conhecida por Racionalismo Clássico (séc. XVII – XVIII), a qual preconizou a pessoa como ser dotado de inteligência e capacidade de questionamento, criação intelectual e apreensão de conhecimentos, tornando-se assim o centro das relações sociais e num segundo momento das relações jurídicas.

Inicia-se então a fase histórica conhecida por Modernidade: os filósofos buscaram subsídios racionais para sedimentar a individualidade do ser enquanto objeto de proteção jurídica e prerrogativa inerentes ao ser humano. Isso gerou novos contornos para a Ciência e Filosofia, na medida em que se pôde construir uma teoria do conhecimento pautada na racionalidade e desvinculada da divindade e conseqüentemente mais arraigada aos valores sociais.

É nessa linha de raciocínio o entendimento de Touraine:

A idéia de modernidade, na sua forma mais ambiciosa, foi a afirmação de que o homem é o que ele faz, e que, portanto, deve existir uma correspondência cada vez mais estreita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se liberar de todas as opressões. Sobre o que repousa essa correspondência de uma cultura científica, de uma sociedade ordenada e de indivíduos livres, senão sobre o triunfo da razão? Somente ela estabelece uma correspondência entre a ação humana e a ordem do mundo, o que já buscavam pensadores religiosos, mas que foram paralisados pelo finalismo próprio às religiões monoteístas baseadas numa revelação. É a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente, que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade. (TOURAINÉ, 1994, p. 9)

O traço característico da Modernidade seria a autonomia do indivíduo frente ao Estado e a maior participação do cidadão no contexto e no cotidiano estatal. De acordo com os ideais modernistas, uma vez exaltada a necessidade e importância

da prevalência das liberdades individuais a sociedade reestruturar-se-ia, de forma a que se garantisse um mínimo de condições dignas ao ser humano e tendentes à proteção de sua subjetividade.

Para tanto, estabelecer-se-ia um equilíbrio entre indivíduo e Estado de modo que um não ingerisse excessivamente na esfera de vivência do outro: haveria a liberdade estatal, mas também e principalmente a individual seria reconhecida e prioritariamente respeitada.

Neste sentido, discorre Santos:

O projecto sócio-cultural da modernidade é um projecto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, como tal, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios. Assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. (SANTOS, 1995, p. 77)

Aproveitando-se da radical mudança por que passava a sociedade, a partir da segunda metade do século XVII a burguesia impõe ao Estado o dever de reconhecer a individualidade do cidadão e bem assim respeitar suas garantias e liberdades individuais. Em verdade, esse esforço tinha dois objetivos prioritários, quais sejam, a cessação da intervenção estatal nas práticas mercantilistas - vez que o Estado controlava quase que totalmente as questões econômicas - e o fim da estrutura social do Antigo Regime, disposta sob a forma imutável das classes do clero, nobreza e povo – onde neste último inicialmente se encontrava a burguesia -: quebrada a imutabilidade das classes e conseqüentemente cessados os privilégios do clero e da nobreza, os burgueses teriam o caminho aberto para ampliar significativamente seu comércio por terem o poder econômico em suas mãos.

Fato é que tal resistência à Autoridade Estatal ganhou força e culminou no surgimento do Estado Liberal de Direito, onde os paradigmas burgueses do individualismo econômico e do *laissez-faire* garantiam formalmente e em princípio a liberdade do indivíduo, sendo este considerado detentor de aptidões para aquisição

de direitos e contração de obrigações pelo menos no tocante à celebração de contratos e aos efeitos jurídicos decorrentes.

A concepção de Estado de Direito é de tal importância que até hoje é utilizada: representa a limitação e delimitação do Estado, a sistematização do ordenamento jurídico, o regramento dos setores público e privado e a consequente divisão das autonomias estatal e particular. Consolidam-se aqui as ideias de soberania nacional, separação de poderes e de Constituição, na medida em que esta se consubstancia num instrumento de previsão e defesa dos direitos e liberdades individuais.

Adotou-se uma Constituição escrita, a qual impunha limites ao poder estatal e consagrava direitos de defesa (direitos, liberdades e garantias) do cidadão perante o Estado, sob a justificativa de que a liberdade individual, por ser um atributo natural e portanto anterior ao Estado, não poderia em princípio ser por este tolhida.

Ainda, consagrou-se a separação de poderes: delimitaram-se funções legislativas, administrativas e judiciais, de forma a se impedir o Estado de cometer abusos no exercício do poder. Impôs-se o sistema de freios e contrapesos: uma vez delimitada a competência o poder também o era, coibindo-se assim o autoritarismo estatal. Ao Legislativo, função legiferante; ao Judiciário, dirimir conflitos entre particulares ou entre estes e a Administração Pública; ao Executivo, desincumbir-se da função burocrática (SOARES, 2001, p. 267-268).

Consolidou-se o ideal de “contrato social”, onde o Estado seria resultante de um pacto entre os seus indivíduos e teria por fim precípua a ordem e harmonia sociais. Para tanto, era mister protegerem-se os direitos e prerrogativas individuais, posto que, sendo o ser humano o elemento básico e fundamental da sociedade, uma agressão à sua integridade resultaria em última análise numa agressão à própria sociedade – e assim, ao Estado.

Em meio ao auge do liberalismo, a Escola dos Racionalistas reforçou a ideia de autonomia da pessoa humana e respectivamente de sua vontade. Kant, um dos expoentes do Racionalismo, desempenhou papel fundamental na fixação dos preceitos atinentes à personalidade ao estabelecer a distinção entre pessoa e indivíduo: este, para o filósofo alemão, situa-se num contexto mais restrito e diminuto que aquela, posto que a pessoa, apesar de ser um indivíduo, possui maior abstração e capacidade de determinação numa situação social. Um animal restringe-se por completo à sua condição psicofísica de animal, limitando seus atos

e pensamentos desta forma aos instintos e à estrita sobrevivência; em contrapartida, o ser humano abstrai-se e, na medida em que toma consciência de sua liberdade e racionalidade, determina-se.

Por isso, Kant entendia que a pessoa consubstancia-se num fim em si mesmo por ser um centro de liberdades com aptidão para transcender os limites da individualidade psicofísica do indivíduo, e de superá-los continuamente sempre que assim se tornasse necessário à proteção da personalidade. Daí se dizer que os ideais kantianos serviram de paradigma para a construção da personalidade tal qual se compreende na atualidade: a pessoa é considerada um sujeito dotado de vontade própria, e em razão disso possuidor de liberdade e força para manifestar a razão a seus semelhantes.

Posto de outra forma, a visão kantiana de personalidade pressupunha um conjunto de valores intrínsecos ao ser humano que lhe proporcionaria alicerces para exprimir sua vontade e exercer sua liberdade junto aos seus iguais.

Também por ocasião do Estado Liberal de Direito e sob forte influência do Racionalismo, a Declaração de Direitos elaborada na Revolução Francesa reforçou a ideia de universalidade dos direitos da personalidade, na medida em que surgiram os “direitos fundamentais” e posteriormente os “direitos humanos” enquanto prerrogativas individuais protegidas normativamente contra a até então opressiva e extorsiva atividade estatal.

Isto se refletiu na ordem jurídica, na medida em que se buscava um ordenamento jurídico que garantisse a proteção ao indivíduo e suas prerrogativas enquanto tal: tencionava-se um meio de se obrigar o Estado a respeitar as garantias e liberdades individuais, e ao mesmo tempo mantê-lo eficazmente distante das relações particulares. Para tanto, era mister um ordenamento jurídico forte, perene e auto-suficiente de forma a se impor e conferir segurança jurídica às prerrogativas individuais, em contrapartida ao extremamente instável sistema normativo do Antigo Regime, alicerçado na vontade única e soberana do Rei.

Nesse sentido, Caenegem bem observa:

O velho mundo passou por uma renovação radical, guiada pelos princípios da razão humana e pelo objetivo de alcançar a felicidade do homem. A realização desse objetivo parecia requerer agora que o fardo dos séculos precedentes fosse rejeitado. Aplicado ao direito, esse programa significava que a proliferação de normas jurídicas deveria ser drasticamente reduzida, que o desenvolvimento gradual do direito deveria ser substituído por um

plano de reforma e por uma abordagem sistemática, e, por fim, que não se deveria emprestar autoridade absoluta nem aos valores tradicionais, como direito romano, nem aos juristas e juízes eruditos, que se proclamavam "oráculos" do direito. Os velhos costumes e os livros autorizados deveriam ser substituídos por um novo direito livremente concebido pelo homem moderno, cujo único princípio diretor fosse a razão. Esse novo direito deveria ser isento de qualquer obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e aberto, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo. (CAENEGEM, 1999, p. 163)

No Estado Liberal, a autonomia da vontade era dogma e fonte principal do contrato, sendo imperioso preservar e proteger sua autonomia para que os indivíduos tivessem a maior liberdade possível ao contratarem. Isso era reflexo da filosofia liberalista do *laissez-faire*, onde o Estado Liberal deveria abster-se o máximo possível das relações particulares de forma a não prejudicar o respectivo andamento e evolução.

Com efeito, sendo a liberdade e igualdade atributos naturais do indivíduo, era este livre para expressar sua vontade e consentimento ao contratar. Consequentemente, se ambos os contratantes eram livres para consentir, esse consentimento seria logicamente a força vinculante que uniria o contratante ao cumprimento de suas obrigações contratuais – de onde adviria o princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*), fazendo com que o acordo de vontades fosse a lei maior entre as partes, relegando a lei formal a um papel secundário e subsidiário.

Tal premissa era completada pela igualdade formal preconizada no liberalismo: se perante a lei todos eram iguais, tinha-se por corolário a ideia de que ambos os contratantes tinham as mesmas condições e autonomia para chegar a um acordo de vontades em bases justas e equitativas, intervindo aí o Estado somente em caso de inobservância às normas legais tal como o inadimplemento ou o descumprimento a cláusulas contratuais.

Entretanto, qual o modelo ideal de ordenamento jurídico? De que forma deveria se consubstanciar o sistema jurídico, para fornecer a segurança jurídica que o indivíduo esperaria para a defesa de seus direitos e liberdades?

Conforme bem sintetiza Hironaka:

Desta era – da era da racionalização da vida jurídica – resultou, como consequência imediata, a concepção do direito como um sistema. E, como tal, o processo de codificação se tornou imperioso, visando unificar e uniformizar a legislação vigente, emprestando-lhe um sistema, uma ordem, uma carga didática, uma possibilidade melhor, ou maior, de compreensão

destas próprias regras e de comparação destas com outros povos. Esta foi a importante fase de *organização codicista*, que atendeu às necessidades e reclamos de uma época que visava superar a insegurança. E apresentou suas vantagens, entre elas – uma que desejo citar – a de traduzir-se, o código, em instrumental de garantia das liberdades civis. (HIRONAKA, 2003, p. 97)

Nesse momento histórico, assistiu-se a uma descodificação na medida em que se relegou o Código Canônico a segundo plano, adotando-se leis várias que apregoassem valores intrínsecos à natureza humana, tais como o *Bill of Rights* de 1689 e a já mencionada Declaração de Direitos Humanos da Revolução Francesa, em 1789. Conforme bem aponta Lorenzetti (1998, p. 44), houve descodificação legislativa do Direito Privado em geral, para logo após assistir-se a uma recodificação do Direito Privado.

Assim, nessa recodificação adotou-se o código enquanto modelo ideal, posto ser então visto como instrumento capaz de conter todas as regras necessárias e possíveis para regular as relações particulares de forma a que o Estado interviesse minimamente. Tal premissa encontrava-se amparada na ideia de auto-suficiência do Direito, não necessitando assim de outros recursos externos para solucionar os conflitos: ao contrário, justamente por ser auto-suficiente e pelo fato de conter uma parte geral ordenada, o Direito exportaria instituições e técnicas a outras áreas da ciência. Por esse motivo, vários Estados ao redor do mundo adotaram o sistema de códigos para regularem as relações de Direito Privado; não sem motivo, o apogeu cronológico em que tal se deu (século XIX e início do século XX) ficou conhecido como “a era das codificações”, expressão a que Amaral tece o seguinte comentário:

Em senso estrito, significa o processo de elaboração legislativa que marcou os séculos XVIII e XIX, de acordo com critérios científicos decorrentes do jusnaturalismo e o iluminismo, e que produziu os códigos, leis gerais e sistemáticas. Sua causa imediata é a necessidade de unificar e uniformizar a legislação vigente em determinada matéria, simplificando o direito e facilitando o seu conhecimento, dando-lhe ainda mais certeza e estabilidade. Eventualmente, constitui-se em instrumento de reforma de sociedade como reflexo da evolução social. Seu fundamento filosófico ou ideológico é o jusracionalismo, que vê nos códigos o instrumento de planejamento global da sociedade pela reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica, pelo que se afirma que os “os códigos jusnaturalistas foram atos de transformações revolucionárias”. (AMARAL, 2003, p. 122-123)

Inobstante, observou-se um retrocesso por ocasião do positivismo jurídico: este refutava a axiologia do paradigma kantiano de personalidade, na medida em

que propunha o Direito como um sistema essencialmente objetivo, despido de qualquer subjetividade e metajuridicidade. Por consequência, para os positivistas a personalidade deveria ser compreendida dentro de contornos exatos como se fosse um assunto afeto à Física ou a Matemática, ignorando-se a influência e reflexos sociais.

Ilustrando a situação, destacam-se dois proeminentes representantes do positivismo jurídico: Leon Duguit e Hans Kelsen. Duguit era ferrenho defensor do positivismo sociológico, e entendia a personalidade não como um direito subjetivo, mas como uma “situação jurídica subjetiva”, onde o direito objetivo concede prerrogativas específicas e rigorosamente delimitadas ao indivíduo, não tendo este de *per sí* prerrogativas diretamente sobre outrem ou sobre a sociedade.

A seu turno, Kelsen, citado por Pereira, entendia que a personalidade enquanto direito subjetivo era mero reflexo dos deveres impostos pelo Estado ao indivíduo, na medida em que

(...) se este determina uma dada conduta individual, agirá contra o ofensor da norma no propósito de constrangê-lo à observância, sem que o fato de alguém reclamar a atitude estatal de imposição se traduza na existência de uma faculdade reconhecida. (KELSEN *apud* PEREIRA, 1999, p. 20)

Ou seja: o indivíduo teria prerrogativas não por ser seu direito reconhecido expressamente em norma, mas porque o Estado impõe aos demais membros da sociedade o dever de respeitar tal característica.

A concepção positivista de pessoa apresentou deficiência que atingiu o próprio Positivismo enquanto doutrina: negou peremptoriamente a liberdade de pensamento e de interpretação, bem como a abstração metajurídica que caracteriza e completa as ideias de individualidade e personalidade. Tal déficit suscitou a necessidade de uma nova ideologia que considerasse não só os ditames positivados acerca do ser humano enquanto sujeito de direito, mas também as características metajurídicas que exercessem função relevante na participação da pessoa numa relação jurídico-social.

Esse cenário expôs a fragilidade e incoerência do modelo liberalista de igualdade formal: ignorou-se por completo que nem todos eram burgueses, havendo classes menos abastadas e assim mais vulneráveis econômica e juridicamente, e se formulou um modelo em que todos tinham a mesma situação financeira e o mesmo

acesso aos recursos pecuniários, econômicos e jurídicos. No entanto, a realidade mostrou que as pessoas não são naturalmente iguais, e que a igualdade formal somente funcionaria num cenário de igualdade econômica e social – o que se verificava apenas entre os componentes da classe burguesa.

No Estado Liberal, partia-se da seguinte premissa: uma vez que os homens nascem livres e iguais em direitos, o único poder legítimo seria aquele estabelecido e reconhecido pela vontade do povo – entenda-se, simbolizada pela vontade das partes no contrato. Por consequência, a autoridade estatal não poderia interferir na economia particular se assim não legitimado e autorizado popularmente a tal. O que se observava, em verdade, era o Estado liberal de direito a serviço da burguesia: dificultava-se o direito de associação, de forma a que as pessoas pudessem agrupar-se para criarem novas sociedades econômicas; as leis eram criadas de forma a se reservar o mercado aos economicamente poderosos; a liberdade e igualdade eram apenas no plano formal, ignorando-se a clara desigualdade social e material.

O liberalismo, perfeito na teoria, revelou-se na prática inadequado à solução dos problemas reais da sociedade: a igualdade era uma ficção, posto os cidadãos serem teoricamente livres e faticamente escravizados. Por isso, o modelo liberalista de personalidade e igualdade já não satisfazia os anseios e necessidades da pessoa humana, de sorte que a sociedade passou a buscar por outro referencial mais ligado às necessidades do ser humano que do patrimônio. A igualdade formal dá lugar à igualdade social, onde se revisitou a figura da personalidade e se passou a considerar seus atributos sob um ponto de vista social, além do estritamente formal.

Também aqui, identicamente à consolidação de leis, o código também revelou ter uma “natureza insular”: teve a pretensão de conter normas dotadas de abstratividade tal que poderiam permanentemente regular a sociedade e a conduta de seus membros em qualquer situação, mas fora concebido em parâmetros estritamente patrimonialistas e favoráveis unicamente a classe burguesa. Novamente, vê-se aqui a frustrada tentativa de se contrariar a essência do próprio Direito na medida em que, enquanto objeto cultural, também necessita sofrer transformações em seus conceitos e paradigmas para poder acompanhar as iguais transformações evolutivas por que constantemente passa a sociedade.

Lorenzetti (1998, p. 45) bem assevera que, no Estado Liberal, o fundamento precípua do Código era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de

forma igualitária: seria uma resposta ao absolutismo, buscando afastar-se o Estado na medida em que a lei e não mais o soberano passava a deter a palavra final, seja pela lei específica, pela analogia ou pelos princípios gerais do Direito. Se foi adequado para tal mister, uma vez afastada a ameaça absolutista e retomada a marcha progressiva da sociedade não mais teria fundamento a omissão estatal, vez que um dos fundamentos do Estado é justamente promover a evolução social.

Nesse sentido, o erro conceitual dos liberais fora adotar a igualdade formal como uma situação independente e preexistente a qualquer outra situação social entre os sujeitos de uma relação jurídica: esqueceram-se de que, para se chegar à igualdade formal, é necessário primeiramente chegar-se a uma igualdade jurídica, esta obtida através do balanceamento e sopeso da tutela estatal proporcional à desigualdade econômica e técnica entre as partes. A igualdade formal é um requisito de estabilidade das relações jurídicas, mas somente após se chegar a um nível de equilíbrio na relação jurídica, alcançado com a prévia gradação da tutela jurisdicional a cada um segundo suas necessidades e na medida necessária ao contrapeso da desigualdade material.

É dizer: o erro dos liberais foi presumir que todos os indivíduos estavam em mesma situação econômica que a classe burguesa, praticando a igualdade formal diretamente e atropelando destarte o imprescindível nivelamento prévio feito pela tutela estatal. Ignoraram que a igualdade formal somente será ideal se acompanhada do equilíbrio proporcionado pela igualdade jurídica em contrapeso à desigualdade econômica. Por esse motivo, Lorenzetti (1998, p. 79) bem afirma que a igualdade legislativa é um sonho esquecido, na medida em que as normas jurídicas são particularizadas e com efeitos distributivos precisos, posto que formuladas para o momento presente e no máximo até um futuro não muito distante.

Destarte, o erro fático dos teóricos do liberalismo fora ignorar a natural e inexorável tendência da sociedade em mudar e se transformar continuamente, tornando-se cada vez mais complexa e reclamando assim leis mais eficazes e adaptadas aos novos tempos. Ou seja: não poderia o Código ser perenemente o repositório para toda e qualquer situação jurídica privada, posto ser impossível criar-se uma lei que regule situações ainda não imaginadas pelo ser humano, notadamente porque é cediço e ressabido em Direito que uma norma nasce a partir dos fatos – e não o contrário.

A era da Modernidade, surgida com o advento do Estado Liberal de Direito e caracterizada pela conotação sistemático-formal, individualismo de suas normas capitaneado pela propriedade privada e a autonomia da vontade e o formalismo jurídico como pedra de toque do ordenamento, não mais sustentou tal modelo. Isso, aliado à Revolução Industrial como fator de mudança na relação de trabalho e direitos humanos, e o capitalismo industrial e sua intrínseca evolução tecnológica, forçaram a sociedade a repensar os valores sobre os quais ela mesma se apoiava.

Posto de outra forma: o rígido modelo liberal codicista não mais conseguia atender aos ditames e necessidades da industrialização dos meios de produção e das velozes transformações econômicas: a burguesia ignorava a imperiosidade de se garantir um mínimo de dignidade aos trabalhadores, impondo-lhes cada vez mais opressivas obrigações. Urgia assim um novo modelo, mais dinâmico e ajustável às circunstâncias e ao mesmo tempo firme na garantia dos direitos e liberdades individuais.

Assim, a partir da segunda metade do século XIX houve transformações conceituais intensas: apesar do avanço dos códigos em relação às normas do Antigo Regime, o paradigma da propriedade enquanto núcleo do sistema jurídico-social ainda era a tônica do Estado Liberal de Direito. A burguesia ditava a igualdade formal como solução porque considerava somente a si enquanto classe social – no que obviamente tal princípio funcionaria perfeitamente, ao se tratar igualmente aos iguais de uma mesma classe – e portanto impunha normas de proteção ao patrimônio em detrimento da pessoa humana, notadamente quando o outro contratante não pertencia à classe burguesa. Tal modelo revelara-se distoante de uma realidade em que a Revolução Industrial impunha às classes menos abastadas um regime de quase escravidão nas fábricas, sem uma equivalente ou proporcional contrapartida e uma polarização radical da concentração de riquezas: quem dispunha dos meios de produção explorava desumanamente quem não os tinha.

Incapazes de competir com as máquinas, os artesãos deixaram seus ofícios e passaram a trabalhar como empregados: a diminuição da variedade de oferta reduziu gradativamente a opção de compra, até praticamente não mais existir a oferta de produtos manufaturados em contraposição aos industrializados. Em outras palavras, desapareceram os inúmeros artesãos e surgiram os escassos produtores industriais, bem como desapareceu quase que por completo a pessoalidade no contrato: ao empresário seria inconciliável produzir em massa e celebrar contrato

individualizado tal como se dava antes da Revolução Industrial, pois isso implicaria na inexorável restrição à produção sob pena de se fugir ao domínio e controle contratual. Então, “despersonalizou-se” o contrato: criou-se um perfil genérico de consumidor, em razão do qual se estabeleceram normas contratuais igualmente genéricas para assim facilitar a contratação em massa.

Como resultado lógico, a Revolução Industrial fomentou o consumo massificando assim as relações comerciais: órfão dos produtos artesanais por não mais serem fabricados, o consumidor teve que migrar para os produtos industrializados, beneficiando o produtor na medida em que este poderia produzir cada vez mais em larga escala – isto é, “produção em massa” ou “produção massificada” – pois teria certeza do escoadouro de seus produtos. Lado outro, na incipiente sociedade industrializada poucos eram os detentores de capital suficiente a gerir o comércio, gerando assim a concentração excessiva dos meios de produção.

Esclarece Fonseca, citado por Nobre Júnior:

A concentração de empresas levou-as a tal poderio de produção que passaram a efetuar uma produção em massa. Mas essa produção em massa não poderia jamais ser dirigida a pessoas individualizadas. Era preciso, através de um trabalho de marketing, levar o consumidor que fora tido por Smith como um rei, a aceitar maciçamente a massa de produtos que lhe eram oferecidos. Para impedir a discussão quanto aos pormenores do produto (qualidade, quantidade, especificidade, preço etc.), criou-se o contrato de massa, ao qual o consumidor era levado a simplesmente aderir. A grande concentração de empresas veio evidenciar que os poderes privados econômicos que se formaram, passaram a dotar-se de um grande poder de controle social. A concepção de Smith segundo a qual o consumidor seria tido como um rei que determinaria e condicionaria a produção mostrou-se falha, ou pelo menos superada. (FONSECA *apud* NOBRE JÚNIOR, 2009)

Nasce, então, o contrato de adesão: o produtor elabora um instrumento de acordo com suas vontades, restando ao consumidor tão-somente aceitá-lo ou não, não lhe sendo permitido discutir as cláusulas contratuais e adequá-las aos seus interesses ou a um denominador comum: se o consumidor não aceitasse, outro o faria em seu lugar. Tal situação evidenciava duas patentes situações ignoradas pela igualdade formal liberal: a existência de outras classes sociais além da burguesa, e a flagrante e inegável superioridade econômica do fornecedor diante da inferioridade econômica do consumidor.

Este cenário expôs a flagrante diferença entre o produtor, detentor dos meios e recursos de produção e portanto possuidor da força de negociação e imposição de

preços; e o consumidor, refém da vontade do produtor por não possuir mais opções de compra ou alternativas de produtores. Desapareceu o equilíbrio entre produtor e consumidor vista antes da Revolução Industrial: antes, consumidor e fornecedor negociavam em situação de paridade, principalmente porque o segundo não tinha expressivo poderio econômico e ambos comumente se conheciam; já na sociedade de consumo, o fornecedor, mais forte e poderoso economicamente – e assim nem de longe lembra o pequeno artesão pré-revolução -, dita as regras da oferta e procura e assim da relação entabulada com o consumidor.

Outro nefasto efeito da Revolução Industrial ignorado pela igualdade formal do Estado Liberal foi a desintegração da família: para não ser substituído por máquinas, o homem aceitou trabalhar cada vez mais em troca de pagamento cada vez menor; para completar a receita familiar, a mulher procurou trabalho fora do lar; os filhos passaram a auxiliar nas despesas familiares, deixando de ir à escola para trabalhar. Isto, aliado ao êxodo e migração rurais para a cidade nos quais as pessoas passavam a se concentrar nas cidades em busca de empregos e dinheiro, escancarou as flagrantes desigualdades materiais e sociais produzidas pela concentração da riqueza: na mão de poucos, fez com que estes detivessem os meios de produção e assim pudessem ditar a forma de trabalho e remuneração do operariado, bem como ordenar o modo de distribuição e preço dos produtos industrializados ao alvedrio das possibilidades e necessidades dos cidadãos.

Tais situações feriram de morte a principiologia contratual liberal: a autonomia da vontade não mais poderia tomar-se por absoluta, na medida em que a respectiva declaração poderia ser maculada pelas necessidades e privações por que passavam as pessoas, as quais celebrariam contratos ainda que prejudiciais e contrários à efetiva vontade em troca do necessário à sobrevivência. Além disso, as mudanças tecnológicas e sociais aprofundaram as diferenças entre burguesia e proletariado, expondo mais ainda a discrepância entre a fictícia igualdade formal e a patente desigualdade fática entre patrão e empregado, entre produtor e consumidor.

Destarte, na segunda metade do século XIX iniciou-se a revisão não só do conceito de igualdade mas também de sua promoção e proteção pelo Estado: o modelo liberalista de Estado omissivo restou ineficiente e prejudicial à sociedade, na medida em que esta reclamava maior assistência estatal para a proteção de seus direitos fundamentais.

Busca-se a socialização do direito: o ordenamento jurídico passa a ter a função de regular a conduta particular em prol da sociedade, ao invés de regular o contrário. Isso se percebe na igual necessidade de se rever o modelo contratual liberal: outrora restrito a sujeitos e objeto e uma tão-só fonte de poder do credor sobre o devedor, o contrato passa a ser compreendido como um evento gerador de situações jurídicas e efeitos além do mero objetivo contratual, incidindo sobre o bem-estar das partes e terceiros.

Surge então o Estado Social de Direito: à medida em que as classes economicamente inferiores conscientizavam-se da necessidade de efetiva garantia dos direitos e das liberdades para todos os membros da sociedade, exigiam a proteção do Estado de forma a este garantir o bem-estar econômico que permitisse a participação ativa do cidadão na vida social. O Estado passa a intervir na sociedade de forma a garantir o pleno desenvolvimento da subjetividade humana: ao contrário do Estado Liberal omissivo, no Estado Social a atividade estatal é ativa no sentido de se garantir a ordem através do controle das atividades sociais.

Essa intervenção estatal foi enfática nos contratos, à qual se deu o nome de “dirigismo contratual”: o Estado impõe determinadas cláusulas e preceitos – as chamadas normas imperativas ou de ordem pública, em que às partes não é dado modificar porque o interesse é da sociedade, criando limites para a vontade dos contratantes em prol do bem-estar social. As partes são obrigadas a aceitar as determinações legais, não podendo se furtar a tanto justamente pelo caráter cogente de que os dispositivos normativos mencionados dispõem; nos contratos de adesão, o empresário continua a formular unilateralmente as cláusulas, devendo no entanto fazê-lo sob os imperativos da lei e não de acordo com seu exclusivo interesse.

Uma vez relativizada, a vontade deixa de ser a mola mestra do contrato para ser um meio para a consecução dos fins contratuais em consonância com a ordem social. Nesse sentido, Fiúza bem elucida:

Como se pode concluir a mesma Revolução Industrial que gerou a principiologia clássica, que aprisionou o fenômeno contratual nas fronteiras da vontade, esta mesma Revolução trouxe a massificação, a concentração e, como consequência, as novas formas de contratar, o que gerou, junto com o surgimento do estado social, também subproduto da Revolução Industrial, uma checagem integral na principiologia do Direito dos Contratos. Estes passam a ser encarados não mais sob o prisma do liberalismo, como fenômenos da vontade, mas antes como fenômenos econômico-sociais, oriundos das mais diversas necessidades humanas. A vontade que era fonte, passou a ser veio condutor. (FIÚZA, 2003, p. 27)

Nessa transição do Estado liberal para o Estado social, os direitos liberais contra o Estado protegem o sujeito jurídico privado contra atos ilegais do governo atentatórios à sua vida, liberdade e propriedade; os direitos de participação política tornam possível ao cidadão ativo participar do processo democrático de formação de opinião e vontade, e os direitos sociais de participação garantem aos cidadãos uma renda mínima e a seguridade social (SOARES, 2001, p. 291-292).

Segundo o escólio de Comparato:

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente; é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas. Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos pelo mundo afora. (COMPARATO, 1999, p. 42)

Assim, de abstencionista o Estado passa a ser intervencionista e passa a agir como regulador das relações particulares e do mercado produtor, buscando um equilíbrio entre o controle da economia e a proteção às classes mais necessitadas. Em razão de tal mister, o Estado passa a ser chamado de “Estado-providência”, cuja mudança paradigmática é realçada na primeira metade do século XX, quando surgem pelo mundo os movimentos que criariam os direitos sociais. Exemplo disso é a Constituição de Weimar, cujo art. 151 romperia com a tradição omissiva e abstencionista do Estado Liberal de Direito ao estipular que “a economia deve ser organizada baseada nos princípios de justiça, com o objetivo de promover a vida e a dignidade de todos”.<sup>4</sup> (ALEMANHA, 1919, tradução nossa)

---

<sup>4</sup> Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.

Na sua política de bem-estar social, o Estado Social buscava a integração da sociedade através do favorecimento de condições materiais para a emancipação do indivíduo e redução das desigualdades sociais através da intervenção no domínio econômico, manutenção da livre iniciativa e a livre concorrência e compensação das desigualdades sociais mediante a prestação estatal de serviços e a concessão de direitos sociais.

O intervencionismo estatal influenciou diretamente o sistema jurídico: o Direito Privado passa a ser permeado por elementos de Direito Público e os preceitos constitucionais passam a reger e influenciar as relações jurídicas privadas, posto o *laissez-faire* não mais ser o referencial numa sociedade que exige a proteção estatal de seus direitos. Isso se percebe principalmente e claramente na figura do contrato, o qual deixa de ser a lei suprema entre as partes e passa a ser um dos elementos que regulam a relação jurídica estabelecida entre os contratantes e que geram consequências às partes e à sociedade.

Além disso, os horrores das duas Grandes Guerras e em especial da Segunda Guerra Mundial, fizeram com que a humanidade despertasse efetivamente para a necessidade de tutela do ser humano quanto aos seus valores e individualidade: o nazismo e o fascismo, com suas ideologias racistas e xenófobas, permitiram atrocidades a tal ponto de simplesmente se ignorarem atributos como a individualidade, liberdade, consciência e tantos outros, desprezando-se por completo a importância da pessoa humana individualmente considerada no contexto da evolução social.

Outros acontecimentos erigiram a pessoa humana ao centro do sistema social e normativo, resgatando os ideais kantianos de ser humano enquanto centro do sistema social e normativo. Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) vaticina em seu artigo 1º: "tod os os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Sobre tal assertiva, Canotilho (1998, p. 380) entende que "o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos", em face do que, quanto ao ser humano, ao mesmo tempo em que precisa possuir uma individualidade necessária ao convívio social, também deve ter limites de forma a se respeitar a individualidade alheia.

Ainda, destaca-se a Constituição de 1949 da República Federal da Alemanha (antiga Alemanha Ocidental) pelo pioneirismo na consagração e expreso

reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto princípio supremo, ao ponto de mencionada Constituição ter sido a adotada pela Alemanha após sua reunificação. De acordo com seu artigo 1º, “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e a proteger será obrigação de toda autoridade estatal.”<sup>5</sup> (ALEMANHA, 1949, tradução nossa)

Houve, então, uma mudança radical nos elementos básicos e estruturantes do sistema: muda-se do patrimônio para a pessoa humana enquanto pedra angular do sistema jurídico. Mais ainda, o ser humano deve ser tratado e atendido pelo Estado na medida de suas necessidades e deficiências, sendo assim inócuo e até prejudicial tratarem-se os cidadãos de forma igual, seja no aspecto formal ou no material. Consequentemente, para tal nivelamento tornaram-se necessárias outras fontes legislativas que contemplassem as situações específicas de desigualdade que adquirissem relevo e contornos próprios, razão pela qual o Código Civil deixou de ser o único detentor das normas reguladoras das relações particulares porque tais preceitos normativos também se encontrariam na Constituição, nos tratados, no costume, fontes estas de onde se obtêm as normas fundamentais.

Vê-se então que a modernidade não conseguiu cumprir com seu mister de liberdade e igualdade a todos, tanto no plano formal quanto no material. O Estado Social revelou-se contraditório, na medida em que buscava reduzir as desigualdades sociais e prover condições materiais iguais a todos, valendo-se para tanto de pressão fiscal e intensa intervenção na propriedade privada: para garantir liberdade, usava extrema coerção.

Reduzido a mero assistencialista, o Estado Social e sua estrutura ruíram. Entra-se então na era da pós-modernidade, a respeito da qual entende Alves:

A tendência veloz rompe com a modernidade, implode o direito posto e inaugura a era da pós-modernidade, com valores e referenciais inteiramente novos, quebrando-se os paradigmas do ordenamento jurídico. Dentro da visão da pós-modernidade, procura-se estabelecer novos valores, novos princípios e o direito dos iguais e dos fraternos, o Direito Civil, passa a sofrer uma profunda influência do Direito Público. Afinal, a sedimentação dos direitos fundamentais e a questão da liberdade individual, com o surgimento de novas e diferentes necessidades, transformadas em direitos individuais, passam a ser a pedra de toque do direcionamento político. Abre-se um campo profícuo para a valorização da transparência, da verdade, da sinceridade, com ênfase aos laços fraternos. Abandona-se a igualdade formal da Revolução Francesa, a igualdade substancial que

---

<sup>5</sup> Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

marcou o final da era da modernidade, porque o importante não é a igualdade, e sim a equidade. O Estado do bem-estar social está em crise e mergulha no ceticismo do vazio, das soluções individualistas e da insegurança jurídica, convivendo com o pluralismo de fontes legislativas, implodindo os sistemas genéricos normativos. (ALVES, 2004)

A pós-modernidade caracteriza-se pelo conflito com as velhas instituições patrimoniais, ao impor à atualidade os institutos humanísticos: o “ter” dá lugar ao “ser”, provocando assim a diversificação de elementos e efeitos do contrato, na medida em que este influencia até mesmo no estilo de vida do indivíduo. A acumulação de moeda enquanto sinônimo de estabilidade e solidez é substituída pelo bem-estar social nesse mister: se já na modernidade o indivíduo deixou de buscar somente bens necessários à sua sobrevivência e passou a adquirir bens supérfluos para satisfazer unicamente à vaidade, este fenômeno acentuou-se na pós-modernidade, em razão do advento de uma sociedade focada no consumo em massa e incentivada pelas mudanças culturais e tecnológicas e pela crescente e apelativa propaganda indutiva ao exagerado e supérfluo consumo.

Some-se a isso o fato de que sedutora propaganda e o agressivo *marketing* de mercadorias remodelam a idéia de necessidade, a ponto de o consumidor adquirir produtos de que não precise para tão-somente demonstrar superioridade perante seus iguais. As impressões superficiais passadas pela auto-imagem passam a ser a tônica na aquisição de produtos, em detrimento do que realmente o indivíduo precisa para sua sobrevivência. A incessante oferta de produtos fez com que o indivíduo ficasse acuado diante dos detentores dos meios de produção e recursos, dada a flagrante desigualdade econômica entre consumidor e fornecedor, justamente o oposto do que se pretendia na modernidade.

Nesse sentido, bem aponta Ogliari:

Faz-se do sujeito um objeto, estimulando o narcisismo: uma disposição de ver o mundo como um espelho de si. Uma projeção dos próprios medos e desejos torna o indivíduo, ao contrário de ganancioso e agressivo, como se pensa, num ente frágil e dependente, levando-o a um sentimento quase infantil de desproteção. É justamente a multiplicidade de opções que causa o mal-estar do sujeito contemporâneo. A necessidade de fazer escolhas entre uma gigantesca gama de alternativas origina um sentimento de descontentamento, sendo, talvez, mais uma explicação da atual “crise de identidade”. (OGLIARI, 2007)

Em outras palavras: na pós-modernidade, a aquisição e uso de bens e serviços deixa de ter o propósito de suprir necessidades para prestarem-se a fazer

com que o consumidor ocupe papel de destaque na sociedade em que vive, satisfazendo sua vaidade. Assim, o desejo de distinguir-se e, simultaneamente, ver-se identificado com determinado grupo social impulsiona o consumo, que se transforma em demanda ( FIGUEIREDO NETO, 2004, p. 186).

A realidade social passa a ser encarada sob outro enfoque: se na modernidade era enxergada como um todo indivisível – tanto no aspecto formal, em que todos eram iguais aos olhos da lei, quanto no aspecto material, em que todos teriam direito à proteção do Estado, na pós-modernidade a realidade social é abordada sob vários aspectos determinados e individualizados, em que o Estado dedica atenção diferenciada a cada um deles na medida das necessidades.

Essa fragmentação social ecoou também no Direito: a impressionante velocidade dos problemas e transformações sociais trazidos pela pós-modernidade gerou certa incredulidade quanto à respectiva capacidade de resposta da ciência jurídica, o que ensejou uma reformulação e reorganização das instituições jurídicas, principalmente no tocante ao contrato: de acordo com Marques (2006, 168-169), a já mencionada valorização de produtos e serviços e a conseqüente fragilização do consumidor diante da abusiva e desmesurada propaganda forçou a revisão da principiologia tradicional do direito civil, e a adoção de um novo sistema de princípios contratuais pautado no respeito aos direitos fundamentais e influenciado pelo direito público.

Marques ainda aduz:

[...] evoluímos da "modernidade" dos parques industriais fordistas para a "pós-modernidade" das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluidas e instáveis, para a globalização niveladora das culturas, para a riqueza especulativa pós-fordista, para o renascimento das identidades, e ainda convivemos com a "idade média" das favelas, tudo na mesma sociedade, inter-agindo entre tolerância e radicalismo, exclusão e setores de excelência. (MARQUES, 2000a, p. 84-85)

Observa-se que o discurso pós-moderno é pluralista: a crescente complexidade da sociedade exige a atenção segmentada que o código não consegue dar, ocasionando assim a diversificação e ramificação do Direito. Denota-se, então, um processo de “descodificação” e multiplicação de sistemas reduzidos (microssistemas), voltados especialmente para determinado assunto que reclama atenção maior dada a sua importância e complexidade sociais.

Tal pluralidade implica no aparecimento de interesses difusos, assim entendidos aqueles dispersos de tal modo que atingem um número indeterminado e ilimitado de pessoas, alcançando a toda a coletividade sem distinguir aos indivíduos. Por este motivo, entre outros, o fenômeno jurídico pós-moderno abandona o viés centralizador e pretensamente auto-suficiente do código para adotar a forma de sistema aberto e permeável com outros sistemas e à realidade fática e axiológica.

Citado por Doneda, Larenz bem obtempera:

A proteção da personalidade humana no seu âmbito próprio [...] foi avaliada em geral como insuficiente após a Segunda Guerra Mundial. Após a experiência da Ditadura, havia surgido uma sensibilidade diante de toda forma de menosprezo da dignidade humana e da personalidade; ao mesmo tempo se percebeu que a possibilidade de realizar atos que representem um tal menosprezo, não somente por parte do Estado mas também por outras associações ou por pessoas privadas, tinham-se multiplicado, devido ao desenvolvimento da técnica moderna (por exemplo, fitas magnéticas, aparelhos de escuta, microcâmeras). (LARENZ *apud* DONEDA, 2006, p. 64)

No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 inicia o Estado Democrático de Direito: os direitos e garantias do indivíduo enquanto ser humano são alçadas ao *status* de fundamentais, sobrepondo-se assim aos bens enquanto núcleos estruturantes da relação jurídica e da própria sociedade, pelo que justamente à CF/88 deu-se o epíteto de “Constituição Cidadã”.

Oportuno é lembrar que a finalidade precípua da norma jurídica é regular a conduta do indivíduo, de forma a se obter uma harmonia entre os direitos subjetivos dos membros da sociedade: através do reconhecimento de direitos e imposição de obrigações, atinge-se um ponto de equilíbrio entre a liberdade individual e o interesse social e bem assim a consonância com a evolução da coletividade.

Entrementes, apesar de essa harmonia entre o direito subjetivo de cada indivíduo e o interesse social ser a premissa de uma norma jurídica e em que pese a lei tenha o condão de regular o comportamento em sociedade, infelizmente há deturpações na lei de forma a se atender a interesses particulares em detrimento da coletividade. Nessa situação, ganham relevância aqui os métodos hermenêuticos adotados pelos operadores do Direito, responsáveis pela aplicação útil e adequação o mais prolongado possível da norma ao contexto e à realidade sociais.

Ainda, é cediço que a norma jurídica somente será útil ao seu mister enquanto vigorarem os valores sociais em razão dos quais fora criada: mudam-se estes, e ou a norma jurídica adapta-se aos novos ou restará ultrapassada - no que

usualmente se costuma chamar “letra morta”. Nesse contexto, em face da positivação constitucional dos direitos fundamentais nova axiologia é adotada no Direito Privado: os paradigmas do contrato, da família e da propriedade, então alicerces privatísticos, cedem lugar à dignidade humana a ponto de eles mesmos (contrato-família-propriedade) sofrerem nova contextualização e novo significado. As relações privadas deixam de ser herméticas e pecuniaristas e passam a ser influenciadas pelo viés social, surgindo aí uma interpenetração de fatores e valores: da mesma forma que a sociedade deverá respeitar a autonomia privada dos particulares, a relação jurídica privada deverá obedecer aos ditames da função e justiça sociais e congêneres.

A ideia de sistema jurídico privado é revista: a principiologia constitucional, apoiada em valores como a igualdade, solidariedade, liberdade e outros, vincula não só o Estado como também o cidadão, rompendo-se assim com a restrita ideia patrimonialística de relação de jurídica privada. Essa profunda alteração nos e dos valores cria uma axiologia normatizada, perfectibilizada no princípio da Dignidade Humana: o ser humano passa a ser o referencial da relação jurídica e o sujeito de proteção do Direito, relegando-se assim o patrimônio a segundo plano.

É dizer: a finalidade precípua do negócio jurídico deixa de ser a aquisição de propriedade ou acumulação de riquezas, e passa a ser a satisfação das necessidades e conveniências da pessoa humana; o ser humano migra do papel de mero sujeito de direito participante da relação jurídica, e passa a ser o centro e finalidade precípua desta. A relação jurídica passa a ser conduzida nos moldes kantianos: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2004, p. 59).

Essa estrutura principiológica e axiológica trazida pela CF/88 faz com que regras, princípios e valores sejam obrigatoriamente obedecidos pela norma jurídica, sob pena de desvirtuamento do propósito do sistema jurídico e assim sua inexorável nulidade. Consequentemente, o princípio da Dignidade Humana e seus decorrentes direitos fundamentais – dentre eles, o da proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII) – transformam-se em regras imperativas.

Nesse sentido, Aronne bem elucida:

Pensar principiologicamente dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção intersubjetiva, na dialética normativo-axiológica do sistema, que o horizonte da principiologia abre para o operador do direito. Trata-se de uma ruptura com o dogmatismo sem cair no ceticismo, pela recusa do objetivismo e subjetivismo, na perseguição da interpretação mais adequada ao caso concreto, ditada pelos valores do sistema, teleologicamente alinhados. [...] O Código, como qualquer conjunto de regras, deve ser analisado como via concretizadora dos princípios aos quais densifica. Resulta antijurídica a análise das regras de Direito Civil sem ter em mente princípios que as antecedem e lhes dão carga axiológica. Pensar o contrário significa identificar o Direito a um conjunto de regras, ou mesmo, como se observou no auge do liberalismo, o Direito Civil ao Código Civil. O conteúdo principiológico que desenha o Estado democrático brasileiro, em face da alteração da moldura constitucional, traz sentido completamente distinto às regras do Código, considerando os valores que inspiraram os princípios que o conformaram. A positivação de um Estado Social em substituição a um Estado Liberal, desde o sentido das normas infraconstitucionais remanescentes até o movimento impulsionador de intervenção do Estado nas relações interprivadas, como fator exógeno do respectivo sistema jurídico, resulta em um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo do ordenamento. (ARONNE, 2000)

Vê-se assim, que o cerne do ordenamento jurídico passa a ser a tutela e proteção dos direitos e integridade psíquica, física e moral do ser humano. Ou seja: institui-se o princípio da dignidade humana enquanto fundamento básico e orientador do sistema jurídico de proteção à personalidade, e por decorrência os direitos fundamentais como norteadores da relação jurídica entre particulares.

Surge então o novo paradigma antropocêntrico do ordenamento jurídico: cria-se um novo contexto em que o Código deixa de ser o sustentáculo do ordenamento jurídico e dá lugar à Constituição Federal nesse mister. Por consequência, deixa-se de tratar a personalidade e seus direitos única e primordialmente à luz do prisma patrimonial – isto é, restritamente à reparação do dano sofrido em razão de ofensa aos direitos da personalidade -, para se focar a personalidade em si enquanto objeto de tutela.

Nesse sentido, Lorenzetti (1998, p. 79) infere que, quando se debate a descodificação do Direito Privado, costuma-se priorizar o viés axiomático e o concernente choque entre o paradigma do patrimônio e da pessoa humana, bem como, para se adequar o sistema jurídico a tal mudança, o surgimento de leis especiais e como efeito colateral o aparecimento de falhas na estrutura hierárquica das normas, de antinomias e incoerências.

O que se deve ponderar em tal colocação é de que forma se deu essa mudança nos axiomas: o Código Civil fora elaborado sobre uma ideologia

puramente patriarcal e liberalista, valorizando assim a figura do homem enquanto chefe de família e do patrimônio enquanto objeto central da relação jurídica e prioridade da tutela estatal. Parcos eram os dispositivos que abordavam a pessoa humana e dispensavam-lhe a respectiva tutela à luz dos preceitos da dignidade humana.

Constatou-se então que certas situações jurídicas reclamavam por tratamento normativo diferenciado e específico, seja porque o Código não mais era suficiente dado o crescente descompasso entre suas normas e os novos valores sociais, seja porque simplesmente o Código não tratava nem tangencialmente do assunto específico. Valores como justiça e direitos fundamentais deixam de ser elementos definidos pelo Código e passam a ser resultados de interpretações e análises de sistemas e microssistemas conexos, dada a profusão e especialização das normas: abandona-se o Código enquanto viga-mestra do sistema jurídico e o respectivo engessamento normativo que o acompanha.

Além disso, deslocado o cerne do sistema jurídico do Código Civil para a Constituição, esta passou a ser a referência estrutural para o legislador na formulação normativa: as leis passaram a obedecer necessariamente aos preceitos principiológicos e programados contidos na Constituição e secundariamente à principiológica clássica do direito privado, razão pela qual, fizeram-se necessárias leis especiais que tratassem as relações diferenciadas sob um enfoque constitucionalista e específico à situação – os já mencionados “microssistemas”.

Essa necessidade de enfoque constitucionalista dá-se principalmente pelo fato de a CF reconhecer o princípio da Dignidade Humana enquanto alicerce axiológico de todos os direitos humanos, fundamentais e pessoais, na medida em que elenca tal princípio no inciso III de seu art. 1º, o qual disciplina os fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito.

Por estar acima de valoração meramente pecuniária ou patrimonial – e por isso, de acordo com os ideais kantianos não permite equivalente e assim é insubstituível -, a dignidade humana resulta ao indivíduo todo um complexo de direitos essenciais à vida em sociedade, aos quais se deu o nome de “direitos fundamentais”, entendidos como aqueles pertencentes ao indivíduo em face do Estado e em face de outros indivíduos e sem os quais o homem não consegue relacionar-se social e juridicamente com seus semelhantes, descaracterizando-se enquanto pessoa nesta última hipótese.

É dizer: uma vez considerada o fundamento primordial e o último arcabouço da guarda dos direitos fundamentais, a dignidade humana faz-se necessariamente presente em todas as relações pessoais, direta ou indiretamente, de forma a se garantir ao ser humano um mínimo de condições de vivência, convivência e sobrevivência em meio aos seus semelhantes e junto à sociedade em si considerada. Consequentemente, uma vez presentes as garantias fundamentais elencadas no art. 5º da Magna Carta, por serem corolários do princípio da dignidade humana devem prioritariamente ser protegidas por um imperativo constitucional.

Ou seja: o sustentáculo da CF é a pessoa humana, a qual se torna fundamento e fim precípua da sociedade e do próprio Estado. A dignidade humana norteia não só os direitos e garantias individuais, mas os direitos e prerrogativas coletivos, econômicos, sociais e correlatos; regulamenta e orienta os direitos subjetivos e o próprio dever geral de direito, ao ponto de o indivíduo ter obrigações em relação a si mesmo enquanto pessoa humana, ainda que contra a sua vontade.

Conforme preleciona Miranda:

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e dos preceitos constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se clara a essa luz. O 'homem situado' no mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino. (MIRANDA, 2000, p. 181-182)

Isto posto, observa-se que a evolução da sociedade implicou na reformulação do ordenamento jurídico para a respectiva adequação e prestabilidade deste àquela. Nesse mister, restou clara a mudança da propriedade para a pessoa humana enquanto paradigma do ordenamento jurídico: por força do princípio da Dignidade Humana, obrigatoriamente a relação jurídica de direito privado deve coadunar com os direitos e garantias fundamentais individuais, sob pena de invalidade e até mesmo de inconstitucionalidade.

Bem assim, constata-se atualmente a massificação de oferta de produtos e serviços: se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, "dita as regras" (GRINOVER ; BENJAMIN, 2007, p. 6), tornando-se

insuficiente o sistema civilista e nascendo por conseguinte a necessidade de tutela específica pelo CDC.

Destarte, a relação de consumo passa a ser regida sob esse enfoque: protege-se prioritariamente não o patrimônio das partes ou propriedade ou direito a ser adquirido ou usado mas sim a pessoa do consumidor, de forma a se proporcionar a esse condições para nivelar-se juridicamente com o fornecedor e assim se assentar a relação consumerista igualmente às partes.

### 3. DA APLICABILIDADE DO CDC E DA LEGISLAÇÃO EM GERAL ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

#### 3.1. O advento dos microssistemas e a coexistência com o CC

Também conforme demonstrado, a História demonstra que é periódico o momento em que um sistema normativo necessita rever seus conceitos e paradigmas de forma a se adequar ou a se readequar às necessidades sociais. Não poderia ser de outra forma: apesar de possuir certo dinamismo e amplitude, a norma jurídica somente será útil enquanto vigorarem os fundamentos sociais e o paradigma sobre os quais e para os quais fora elaborada; mudam-se estes, e a norma também precisa mudar para se adequar à nova realidade social, sendo revogada se preciso for e assim substituída por outra.

Dito antes, à medida que a sociedade torna-se complexa há a correspondente exigência de normas jurídicas mais abrangentes e disciplinadoras da conduta individual: esse requisito é fundamental para a harmonia e unicidade da sociedade enquanto sistema. Mas, o que se deve entender por sociedade complexa? Ou, posto de outra forma, como se compreender a sociedade enquanto sistema e sua relação com o Direito enquanto sistema normativo?

Um sistema pode ser definido como um conjunto de elementos interrelacionados que interagem no desempenho de uma função (FERNANDES, 2003); em outras palavras, pode ser compreendido como um conjunto em que seus membros interagem de forma organizada e ordenada, ou ainda, uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem (BOBBIO *apud* RAEFFRAY, 2006, p. 120). Para tanto, criam-se regras que regulamentam o comportamento e renúncias do particular em favor do conjunto e cooperação e coordenação entre seus membros, mantendo-se assim o sistema harmônico e estável.

Todo sistema é regido por regras que visam a uma interação pacífica. Por exemplo, o próprio corpo humano enquanto sistema obedece a normas de preservação e convivência entre seus componentes: se o estômago libera o ácido sulfúrico presente em seu interior, corrói-se todo o corpo; se os pulmões enviam ao

cérebro quantidade maior de oxigênio que a normal, há risco de embolia e assim óbito.

Nesse sentido, a sociedade pode ser considerada um sistema na medida em que é constituída por indivíduos cujos comportamentos são regulados por normas jurídicas, de forma a se manter a paz e ordem sociais e ao mesmo tempo proporcionar a evolução individual e coletiva concomitantemente. Entretanto, é um sistema em constante mutação em razão do processo evolutivo por que passa o ser humano e assim a coletividade – razão pela qual, chega-se a um momento em que as circunstâncias e valores sobre os quais foi construído o ordenamento jurídico não mais existem, dando lugar a novos conceitos valorativos e exigindo assim a reestruturação do mencionado ordenamento.

É dizer: estabilidade e harmonia são diretamente proporcionais à suficiência da norma em prever e regular de forma abstrata o comportamento do particular e sua interação com os demais. Por consequência, a partir do momento em que a norma não é suficiente a tal mister por não acompanhar a mudança social, põe-se em risco a estabilidade e harmonia e se torna necessária a reformulação da norma e do sistema social.

Ressalte-se ainda que o próprio ordenamento jurídico é um sistema, cognominado de “sistema normativo” e que periodicamente se revisa e se adapta aos novos ditames sociais, diretamente afetado que é por estes. Para tanto, é preciso que as normas componentes do sistema normativo também estejam em harmonia umas com as outras, quando da aplicação de seus preceitos ao caso concreto.

Outrossim, conforme já dito antes a evolução da sociedade e a conseqüente e crescente complexidade de sua estrutura e relações exigem constantemente um sistema normativo mais eficiente, que tenha maior perenidade, alcance e eficácia em relação à conduta de seus membros. Isto posto, a mudança de parâmetros culturais reflete-se no sistema normativo, o qual se vê obrigado a importar interesses, regras e linguagens de outras ciências, para poder se adequar à nova realidade social e assim suprir as nascentes e crescentes deficiências da norma quando em descompasso com a mudança de paradigmas sociais.

Kunzler enfatiza:

Um sistema pode ser chamado de complexo quando contém mais possibilidades do que pode realizar num dado momento. As possibilidades são tantas que o sistema vê-se obrigado a selecionar apenas algumas delas para poder continuar operando. O sistema não consegue dar conta de todas elas ao mesmo tempo. Quanto maior o número de elementos no seu interior, maior o número de relações possíveis entre eles que crescem de modo exponencial. O sistema torna-se, então, complexo quando não consegue responder imediatamente a todas as relações entre os elementos, e nem todas as suas possibilidades podem realizar-se. Somente algumas possibilidades de relações entre elementos, por exemplo, a relação de uma comunicação com outra, ou de um pensamento com outro, são realizadas; as demais ficam potencializadas como opções no futuro. Essas relações entre os elementos não acontecem simultaneamente, mas, ao contrário, uma após a outra, em sucessão. E cada vez que o sistema opera acaba gerando novas possibilidades de relações, tornando-se assim ainda mais complexo, mas não mais que o seu ambiente, que é sempre mais complexo por conter um número maior de elementos. [...] Todo o ambiente apresenta para o sistema inúmeras possibilidades. De cada uma delas surgem várias outras, o que dá causa a um aumento de desordem e contingência. O sistema, então, seleciona apenas algumas possibilidades que lhe fazem sentido de acordo com a função que desempenha, tornando o ambiente menos complexo para ele. Se selecionasse todas elas, não sobreviveria. Deve simplificar a complexidade para conseguir se manter no ambiente. Ao mesmo tempo em que a complexidade do ambiente diminui, a sua aumenta internamente. Isso porque o número de possibilidades dentro dele passa a ser maior, podendo, inclusive, chegar a ponto de provocar sua autodiferenciação em subsistemas. Para dar conta da complexidade interna, o sistema se autodiferencia. Por exemplo, o sistema Direito diferenciou-se, primeiramente em público e privado, depois, em direito constitucional, administrativo, penal... e civil, comercial..., e assim sucessivamente. Esse processo revela a evolução. (KUNZLER, 2004, p. 124-125)

Aparício obtempera a respeito do sistema normativo:

A sistematização é exigência ético-jurídica que emana da própria idéia de Direito. Ao tratar das características da ordenação (adequação valorativa) e da unidade, refere-se ao ordenamento sistematizado. [...] Para Canaris, a exigência da ordenação do sistema decorre especialmente do postulado de justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença: tanto o legislador como o juiz devem observar e considerar os valores possíveis, em toda sua profundidade e conseqüências singulares; ou seja, devem *proceder com adequação*. A adequação racional é a característica da ordem no conceito de sistema e, por isso, a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para aplicação do pensamento sistemático na ciência do Direito. Já a unidade interna da ordem jurídica impõe ao intérprete que ele considere o ordenamento como um todo, em si, significativo. Fundamenta-se também no princípio da justiça e nas suas concretizações (princípio da igualdade e tendência para a generalização). Justifica-se ainda por colimar o valor supremo da segurança jurídica, considerada em todas as suas manifestações: determinabilidade e previsibilidade do Direito, estabilidade e continuidade da legislação e jurisprudência, praticabilidade da aplicação do Direito. (APARÍCIO, 2006, p. 7-8)

Continua a autora:

Não é incomum, portanto, que os princípios de um mesmo sistema entrem em contradição. Seu sentido próprio, muitas vezes, exsurgirá da combinação de complementação e de restrição recíprocas entre princípios. A ausência de pretensão de exclusividade significa que uma mesma consequência jurídica, característica de determinado princípio, também pode ser conectada a outro princípio. (APARÍCIO, 2006, p. 11)

Isto posto, como conciliar o Código Civil enquanto sistema e os microssistemas, diante do fenômeno da descodificação do Direito Privado e do conseqüente desmembramento do sistema normativo privado até então sustentado pelo Código?

A evolução social implica na necessidade de um sistema dotado de estrutura tal que consiga tratar eficazmente dos diversos assuntos e situações da sociedade. Nesse sentido, inevitavelmente o Código torna-se incapaz de atender a todas as novas situações jurídicas e cede lugar a outras figuras jurídicas que, dotadas de autonomia, auxiliam-no na regulação do comportamento social na medida em que abordam um assunto específico e não expressamente previsto pelo Código.

Historicamente, a função de um código seria reunir regras jurídicas perenes e suficientes à solução de todos os problemas oriundos das relações entre particulares. Entretanto, o cidadão padrão em razão do qual o Código estruturou suas regras não mais existe; é ele hoje o indivíduo qualificado e de mais apurado nível cultural, atributos que o levam a reclamar por normas jurídicas mais específicas e eficazes.

A esse mister, Lorenzetti (1998, p. 45) bem aponta a questão da constitucionalização do Direito Civil e a substituição do ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais: para retomar a completude do Direito Privado, criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.

Com efeito, a pretensa auto-suficiência foi justamente o defeito principal dos códigos, na medida em que engessaram a evolução normativa. Outrossim, os microssistemas têm um caráter aberto, ao contrário da índole cerrada do Código: naqueles, há o debate e a argumentação de forma a se chegar num denominador comum ou ainda a possibilidade de importar e interagir com preceitos de outros

microsistemas – ou até mesmo do próprio Código – de forma a serem o mais possivelmente eficazes e úteis à regulação da conduta a que se prestam.

Não se quer dizer com isso que o Código seria um mero subsídio secundário às normas especiais: o Código não seria uma lei geral e a lei especial uma especificação para casos concretos, aplicando-se raramente o primeiro. Ao contrário, o Código continuaria a ser utilizado no cotidiano jurídico, apenas cedendo espaço aos microsistemas quando a situação reclamasse tratamento específico e diferenciado.

Infira-se que as leis que perfazem os microsistemas resultam do esforço do legislador em suprir a deficiência do Código: parte-se do princípio de que uma lei já nasce ultrapassada, pois visa a regular um problema social preexistente. De mais a mais, há situações em que o Código Civil é a norma especial e a lei específica a residual, como por exemplo no contrato de transporte ou no Direito de Família. Por fim, a Constituição Federal é o Direito estrutural, sendo tanto a lei especial quanto o Código Civil mecanismos residuais nesse sentido.

O Código buscou abranger os novos problemas e situações sociais até o limite de seus contornos normativos. Seus preceitos normativos adaptaram-se à nova realidade social até o momento em que o paradigma em que se apoiam – no caso do Código Civil de 1916, o patrimônio – não mais se coadunou com a atualidade social, isto é, com a adoção do paradigma da pessoa humana e sua dignidade.

Some-se a isso o fato de que a crescente intervenção estatal na economia e nas relações sociais acarretou no surgimento de situações jurídicas não abrangidas e nem previstas pelo Código. Fez-se necessária a regulação desses novos institutos por uma legislação paralela ao Código, à qual se deu inicialmente o nome de legislação extravagante e posteriormente legislação especial, dada a sua evolução e aprimoramento no trato diferenciado às situações igualmente diferenciadas que surgiam no contexto social.

A partir desse ponto, o Código precisou de revisão em seus conceitos e parâmetros, sob pena de cair no ostracismo. Nisso, seu conteúdo fora adaptado ao princípio da Dignidade Humana de forma a ser o mais possível aproveitado; mesmo assim, mostrou-se patente a necessidade de auxílio ao Código pelos microsistemas, em face da complexidade cada vez maior da sociedade e da

historicamente comprovada incapacidade de um único compêndio conter todas as respostas aos problemas sociais.

Os microssistemas romperam com a tradicional dogmática codificista, forçando assim a abertura do sistema jurídico: tornaram-se o referencial para o assunto por eles abrangido, trazendo toda uma nova principiologia e uma abordagem multidisciplinar ao conterem normas de mais de um ramo do direito (civil, penal, processual, entre outros). A esse respeito, Lôbo bem obtempera:

Proliferaram na década de setenta deste século, e daí em diante, as legislações sobre relações originariamente civis caracterizadas pela multidisciplinaridade, rompendo a peculiar concentração legal de matérias comuns e de mesma natureza dos códigos. Nelas, ocorre o oposto: a conjugação de vários ramos do direito, no mesmo diploma legal, para disciplinar matéria específica, não se podendo integrar a determinado código monotemático. Utilizam-se instrumentos legais mais dinâmicos, mais leves e menos cristalizados que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados "códigos", em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor dotados de natureza multidisciplinar. (LÔBO, 2003, p. 204)

Destarte, restou incoerente a ideia de supremacia absoluta do Código Civil enquanto norma do direito privado. Atualmente, o cerne norteador do sistema jurídico é o conjunto de normas fundamentais, que se encontram segundo Lorenzetti (1998, p. 79) nas "fontes superiores": Constituições, tratados, princípios, valores. O autor bem obtempera ainda, ao afirmar que "há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos" (LORENZETTI, 1998, p. 79).

Por isso, denota-se haver uma ramificação ordenada do sistema normativo, em que cada um de seus ramos, à medida em que adquirem e gozam de autonomia sob a forma de microssistemas, disciplinam as respectivas matérias e assim organizam a sociedade.

Outrossim, os microssistemas nada mais são do que projeções do sistema do Código, que se estendem até adquirirem autonomia e ao final retornarem ao interior do Código. É dizer: o Código se desdobra em projeções que chegam a um ponto tal de saturação que exige a formação de um novo sistema, consubstanciado na harmonia entre Código e microssistemas sem no entanto haver subordinação entre um e outro.

A esse mister, bem explica Fiúza:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito. [...] Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apóia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição. No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático. (FIÚZA, 2009)

Vê-se então que, como forma de se suprir a necessidade de ordenação e organização de determinado assunto ou área social para a qual resta insuficiente o sistema vigente, surge o microssistema e sua respectiva norma especial, contendo diretrizes específicas para a regulamentação e regularização da conduta dos indivíduos na atinente relação jurídica aliadas às regras não conflitantes da norma geral.

Repita-se: não se quer dizer com isso que o Código seria um mero subsídio secundário às normas especiais: o Código não seria uma lei geral e a lei especial uma especificação para casos concretos, aplicando-se raramente o primeiro. Quer-se dizer: uma vez ser princípio geralmente aceito que a lei especial posterior não revoga a geral anterior; nem a geral posterior revoga a especial anterior, se a ela não se refere explícita ou implicitamente para revogá-la (BEVILÁQUA, 1976, p. 51), haverá em verdade um afastamento, pela lei especial (microssistema), da

incidência da lei geral (Código Civil) na situação especificamente regulada pela primeira.

É dizer: por ser alcunhado de “lei especial”, o microsistema não pressupõe rompimento total e independência hermética do Código Civil enquanto lei geral. Não se quer dizer “especial” por de ser melhor ou superior à lei geral, mas sim por ser específica a determinada situação jurídica: há apenas uma definição de esferas de aplicação; o microsistema é lei especial porque traz em si definições e regramentos específicos e diferenciados para a situação jurídica, prevalecendo estes se conflitantes com os dispostos no Código Civil.

Entrementes, se por um lado a norma especial não tem o condão de ser auto-suficiente, por outro lado deve prevalecer sobre a norma geral justamente pelo fato de a primeira tratar com maior acuidade e precisão os elementos da relação jurídica específica. Resume-se tal ideia ao seguinte silogismo: o Código Civil é uma lei geral, ao passo que o microsistema é uma lei especial criada com o fim precípua de se atender a casos concretos; ambas compartilhariam um mesmo pressuposto de fato, porém este o seria mais explícito e abordado na segunda.

Posto de outra forma: uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes (DINIZ, 2001, p. 74). Tal posição é ratificada pelo princípio da Especialidade (*lex specialis derogat legi generali*): a lei geral posterior, em princípio, não revoga a lei especial precedente nem total nem parcialmente.

Acerca do mencionado princípio, Bobbio entende que a preferência da norma especial importa na concretização do princípio segundo o qual a cada um deve ser dado o que é de direito (*suum cuique tribuere*), posto que se devem tratar as pessoas na conformidade de suas semelhanças e diferenças: as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas de igual forma e as de outra, de modo diverso (BOBBIO *apud* DINIZ, 2009, p. 488).

Nesse sentido, Aguiar bem alude:

A razão dessa escolha não é difícil de se entender. Quando o legislador subtrai do todo uma parte para regulamentá-la de forma diversa, nada mais está fazendo do que cumprindo o conteúdo do princípio da igualdade pelo qual devemos tratar de maneira desigual os que não são iguais. A passagem da regra geral para a especial corresponde a um processo natural de diferenciação de categorias. Entende-se, portanto, porque uma

lei especial deva prevalecer sobre uma geral: ela representa um momento que não pode ser eliminado do desenvolvimento da categoria própria. Retornar ao nível da generalidade seria bloquear esse desenvolvimento. Portanto, em princípio, o Código Civil Brasileiro não revogará as leis especiais hoje vigentes. (AGUIAR, 2006, p. 157-158)

Corrobora Maximiliano, ao discorrer sobre o direito comum e o singular:

O primeiro contém normais gerais, acordes com os princípios fundamentais do sistema vigente e aplicáveis universalmente a todas às relações jurídicas a qual se referem; o segundo atende a particulares condições morais, econômicas, políticas ou sociais, que se refletem na ordem jurídica, e por esse motivo subtrai determinadas classes de matérias, ou de pessoas às regras de Direito comum, substituídas de propósito por disposição de alcance limitado, aplicáveis apenas às relações especiais para que foram prescritas. [...] De fato, o Direito Especial abrange relações que, pela sua índole e escopo, precisam ser subtraídas ao Direito comum. Entretanto, apesar desta reserva, constitui também, por sua vez um sistema orgânico e, sob certo aspecto, geral; encerra também regras e exceções. A sua matéria é, na íntegra, regulada de modo particular, subtraída ao alcance das normas civis, subordinada a preceitos distintos. (MAXIMILIANO, 2008, p. 185-186)

De se observar, ainda, a feliz afirmação na Exposição de Motivos do Código Civil contida na Mensagem nº 160, de 10 de junho de 1975, ao asseverar como diretriz a “Compreensão do Código Civil como *LEI básica, mas não global*, do Direito Privado” (BRASIL, 2010). Ou seja: o Código Civil continua como fonte do Direito Privado, mas não mais a única e soberana. Bem assim, tanto o Código Civil (CC) quanto o Código de Defesa do Consumidor (CDC) têm um suporte fático em comum, qual seja uma relação contratual: já explicado alhures, pelo princípio da Especialidade prevalece o CDC sobre o CC se a relação contratual der-se entre consumidor e fornecedor, dado que o primeiro Diploma Legislativo é específico sobre o tema.

### **3.2. Da aplicabilidade do CDC e da legislação em geral às relações de consumo**

Nesse sentido, o art. 2º § 2º do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) vaticina que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (BRASIL, 2010), pelo que se pode concluir que o CC/2002 não estabeleceu novas disposições gerais ou especiais à relação de consumo; antes,

trouxe as já consagradas pelo CDC, tais quais os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, este o sustentáculo principal das regras consumeristas e agora das relações contratuais civis. Ainda, aponta-se o art. 2º § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (BRASIL, 2010): no caso em tela, o CC/2002 não declarou expressamente a revogação do CDC e muito menos regulou inteiramente a relação de consumo, não revogando portanto o Diploma Consumerista.

Outrossim, não há choque entre o CC e o CDC principalmente pelo fato de que o âmbito de aplicação do primeiro é geral, incidindo em toda relação particular genérica e não expressamente abordada por lei especial: ainda que fundamentado nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade e boa-fé, o CC regula as relações entre civis ou empresários em níveis iguais ou assemelhados, prescindindo de proteção especial para o nivelamento jurídico correspondente à igualdade. Já o segundo (CDC) recai sobre relação específica, qual seja a entabulada entre consumidor e fornecedor nessa qualidade.

Inobstante, o CC/2002 pode ser utilizado em relações de consumo se o CDC não conseguir regular a questão específica ou se houver no Diploma civilista previsão expressa e mais benéfica à relação – tal qual se dá no contrato de transporte, por exemplo. O que não se pode é o CC/2002 fazer valer suas definições genéricas numa relação de consumo se já há definição específica a respeito no CDC, ainda que o primeiro seja posterior ao segundo.

Benjamin bem alude a respeito:

É certo que leis *com implicações no consumo* sempre existiram no Brasil. O próprio Código Civil, ao cuidar dos vícios redibitórios, da empreitada (serviços) e de muitos outros institutos, regra, de uma forma mais ou menos direta, o mercado de consumo. Todavia, não se pode confundir leis com implicações no consumo com leis de proteção do consumidor. Aquelas atuam sobre a relação jurídica comercial ou civil. Estas, diferentemente, agem sobre a própria relação de consumo, assim identificada. Aquelas amparam o consumidor pela via transversa, produzindo efeitos por ação reflexa e indireta, já que informadas pela “neutralidade” (!) do Direito tradicional. Estas, diferentemente, manifestam-se por atuação direcionada, direta e funcional: o legislador reconhece a identidade do consumidor, caracteriza-o como parte fraca e o protege como tal. (BENJAMIN, 1993, p. 282-283)

Atente-se que não só o CC, mas a legislação em geral não restará totalmente excluída na aplicação da norma a uma relação de consumo: poderá haver situações em que a norma geral será mais benéfica ao consumidor do que a do próprio CDC, quando então a primeira será aplicada em detrimento da segunda. Tanto o é, que o art. 7º do Diploma Consumerista é claro ao afirmar que, entre outros, os direitos nele previstos

[...] não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. (BRASIL, 2010)

Em outras palavras: nas lacunas do CDC, a lei geral assume o mister de lei reguladora da relação de consumo, ressaltando-se obviamente que tal assunção de papel dar-se-á somente se o CDC não possuir uma definição própria para a situação jurídica contemplada, e se a definição trazida pela lei geral não contrariar a *mens legis* do Código Consumerista ou for mais benéfica que este. Exemplo disso é o contato de transporte, cujo parágrafo único do art. 734 do CC assevera que “é lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”: numa interpretação *contrario sensu*, se o transportador-fornecedor não exige a declaração de valor da bagagem, atrai para si em caso de extravio o ônus de provar qual o montante correspondente às mercadorias que o passageiro-consumidor transportava em sua bagagem, sob pena de se considerar em princípio a mera declaração do passageiro acerca do aludido valor.

*In casu*, além do art. 14 e correlatos do CDC, adotar-se-á o art. 734 e seu parágrafo único do CC, dado que este também traz regra benéfica ao consumidor não contemplada expressamente pelo Diploma Consumerista.

### **3.3. Da aparente antinomia entre o CDC e a Lei do Inquilinato**

Situação interessante surgiu quando da entrada em vigor da Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato), a qual dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos: além de entenderem não configurar relação de consumo, doutrina

e jurisprudência consideram haver antinomia entre as normas, propugnando pela prioridade da Lei do Inquilinato sobre o CDC em casos tais pelo mesmo argumento antes comentado: o critério da especialidade. Esse é entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

LOCAÇÃO – RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – CODIGO DO CONSUMIDOR – LEI 8.078/90 – INAPLICABILIDADE. 1. Não é nula cláusula contratual de renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias. 2. Não se aplica às locações prediais urbanas reguladas pela Lei 8.245/91, o Código do Consumidor. 3. Recurso não conhecido. (BRASIL, STJ, REsp nº38.274-2/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 1994)

LOCAÇÃO. DESPESAS DE CONDOMÍNIO. MULTA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. I - As relações locatícias possuem lei própria que as regule. Ademais, falta-lhes as características delineadoras da relação de consumo apontadas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável no que se refere à multa pelo atraso no pagamento de aluguéis. II - Em caso de decisão condenatória, os honorários advocatícios devem ser fixados com base na regra do art. 20, parágrafo 3º, do CPC, e não sobre o valor da causa, cabendo ao magistrado unicamente definir o percentual dentro dos parâmetros ali estabelecidos. Recurso provido. (BRASIL, STJ, REsp nº 262.620/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 2000)

Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Locação predial urbana. Inexistência de relação de consumo. 1. De acordo com precedente da Corte Especial, o Ministério Público está legitimado para defender direitos individuais homogêneos que tenham repercussão no interesse público. 2. A Lei nº 8.078/90 – Cód. de Defesa do Consumidor – não se aplica às locações de imóveis urbanos, regidas pela Lei nº 8.245/91. Jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, STJ, AgRg no AI nº590.802/RS, Rel. Min. Nilson Nav es, 2006)

Sem se enveredar profundamente pela seara da antinomia de normas, esta é apenas aparente quando do confronto entre o CDC e a Lei do Inquilinato (LI): na hipótese comentada, a LI estabeleceu disposições especiais à locação de bens imóveis urbanos, dentre as quais algumas colidem com as constantes do CDC. Exemplo disso é a multa moratória: por exegese dos arts. 79 da mencionada lei e do art. 412 do CC<sup>6</sup>, enquanto a LI permite em tese multa em valor até equivalente ao do aluguel, nas relações de consumo a multa moratória não pode exceder a 2 % (dois por cento) do valor da obrigação conforme o art. 52 § 1º do CDC.

Repetindo-se o já dito, o art. 2º § 2º da LICC vaticina que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (BRASIL, 2010). Ainda, repita-se o art. 2º § 1º da LICC,

<sup>6</sup> Apesar de, na prática, fixar-se em 10 % (dez por cento) o valor de tal multa.

segundo o qual, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (BRASIL, 2010). Na hipótese comentada, mesmo trazendo disposições especiais sobre a locação a par das já existentes no CDC, aquelas não se sobreporão a estas por não haver na LI comando expresso nesse sentido; portanto, não têm o condão de revogar os ditames consumeristas aplicáveis à locação de coisas. Muito menos se deve considerar subsidiário o CDC, porque o art. 79 da LI assim considerou somente o CC e o CPC<sup>7</sup>; nesse sentido, é princípio geral de direito que, se a lei não fez distinção ou restrição, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Também aqui se deve fazer ressalva já mencionada: porque o CDC é lei específica às relações de consumo, não se quer dizer que a estas a LI é totalmente inaplicável: desde que determinado comando normativo da LI seja mais benéfico que o do CDC, aplica-se o primeiro por força do art. 7º do próprio Diploma Consumerista, segundo o qual, os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária”. Ou seja: na omissão do CDC ou no caso de norma sua mais gravosa ao consumidor, adota-se o contido na legislação ordinária – *in casu*, a LI.

Mais ainda, não há o que se falar em incompatibilidade entre a LI e o CDC, porque a primeira é perfeitamente aplicável em locações que não se enquadrem no perfil de relação de consumo. Inobstante, defendem os contrários à primazia do CDC sobre a LI haver conflito entre ambas, pelo qual suscitam o critério da Especialidade em favor da primeira.

Em tal entendimento, no entanto, há grave equívoco: na resolução de antinomia de normas, o primeiro critério é o da Hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*). Contudo, como se aplicar tal critério se se tratam ambas de leis federais? É o que se discutirá a seguir.

---

<sup>7</sup> Art. 79 da LI: “no que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil” (BRASIL, 2010).

#### 4. O VIÉS PRINCIPIOLÓGICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É cediço e ressabido enquadrar-se a Constituição Federal (CF) no topo da hierarquia das normas: lei alguma poderá contrariar seus ditames. Muito menos as chamadas “cláusulas pétreas”, as quais são insuscetíveis de alteração até mesmo por emenda constitucional (art. 60 § 4º da CF).

Dentre as cláusulas pétreas, figuram os direitos e garantias individuais (CF, art. 60 § 4º, IV) dos quais se ressaltam os previstos pelo art. 5º da Magna Carta, e destes a proteção ao consumidor, garantia fundamental esculpida no inciso XXXII e um dos princípios da ordem econômica e portanto diretriz para uma existência digna conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170, V). Assim, traça-se o seguinte silogismo: um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade humana (CF, art. 1º, III); os direitos fundamentais são decorrência deste princípio central da Lei Maior; conseqüentemente, se a proteção do consumidor é um direito fundamental e decorrência do princípio da Dignidade Humana, ostenta caráter constitucional e por isso não pode ser limitado por legislação infraconstitucional. Admitir o contrário seria subordinar a CF a uma norma hierarquicamente inferior.

Até porque, num contexto axiológico os princípios constitucionalmente positivados passaram a se consubstanciar em fundamentos de validade do ordenamento jurídico: a hermenêutica principiológica abandona a conotação imediatista – ou seja, a letra normativa fria e patrimonialista do Estado Liberal – e passa a se pautar pela busca da ordem social e democrática segundo os ideais e valores humanísticos. Isso é verificado na proteção ao consumidor enquanto direito fundamental (art. 5º, XXXII da CF) e requisito de regularidade da ordem econômica (art. 170, V da CF), entre outros.

Bem assim, tal garantia fundamental decorre da Resolução 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual versa sobre a adoção de diretrizes para a implantação de uma política de proteção ao consumidor. Dentre seus princípios gerais, realça-se o seguinte:

Os governos devem desenvolver, fortalecer ou manter uma política eficaz de proteção de consumidor [...]. Assim, cada governo deve ajustar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país, e as necessidades de sua

população, levando-se em conta os custos e os benefícios das medidas propostas.<sup>8</sup> (ONU, 2010)

Destarte, por ser um preceito constitucional e ainda um direito fundamental, à proteção ao consumidor aplica-se o princípio da máxima efetividade da norma constitucional: a toda relação em que se vislumbre um consumidor e um fornecedor, a máxima proteção dar-se-á através do CDC. A esse mister, Canotilho afirma que o sistema constitucional:

[...] é um sistema aberto de regras e princípios. Esse ponto de partida carece de “descodificação”: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça” [...]. (CANOTILHO, 1999, p. 1.085)

Continua o renomado autor, ao comentar sobre o princípio da máxima efetividade da norma constitucional:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, 1999, p. 1.149)

Tenha-se ainda em conta que o CDC tem natureza principiológica, conforme entendimento remansoso em doutrina e jurisprudência. Contudo, o que se deve compreender por “natureza principiológica”?

Quando o art. 5º, inciso XXXII da Magna Carta, assevera que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 2010), tem-se que sua *ratio essendi* é a proteção do modo mais amplo e eficaz possível ao consumidor. Por isso, aplica-se em tal hipótese o já mencionado princípio da máxima efetividade da norma constitucional, de forma a se buscar a maior amplitude de alcance

---

<sup>8</sup> Governments should develop, strengthen or maintain a strong consumer protection policy (...). In so doing, each Government must set its own priorities for the protection of consumers in accordance with the economic and social circumstances of the country, and the needs of its population, and bearing in mind the costs and benefits of proposed measures.

normativo – *in casu*, a máxima proteção a todo aquele que se enquadre na figura do consumidor.

Nesse mister, é importante se considerar a amplitude do art. 5º, inciso XXXII, da Magna Carta: a proteção ao consumidor deve ser a mais abrangente possível, para conseqüentemente atingir a máxima eficácia.

Freire Soares bem alude a respeito:

Sob os influxos do pensamento filosófico, a hermenêutica jurídica, gradativamente, foi se consolidando como um saber destinado a problematizar os pressupostos, a natureza, a metodologia e a finalidade da interpretação do direito, de molde a propiciar a melhor aplicação dos modelos normativos às situações concretas. Do mesmo modo, salientou-se a necessidade de respaldar a interpretação jurídica em bases principiológicas, de modo a exteriorizar significados hermenêuticos mais compatíveis com os valores fundantes da experiência jurídica. [...] Para que seja potencializada a índole protetiva do CDC, a compreensão interpretativa de seu arcabouço normativo requer o uso dos princípios jurídicos constitucionais e infraconstitucionais. A principiológica oferece ao intérprete os vetores axiológicos de orientação hermenêutica, embasando a interpretação teleológica da lei consumerista. Os princípios jurídicos, imbuídos que são de uma reserva ética, maximizam a tutela do consumidor, minimizando as desigualdades inerentes ao mercado capitalista. (FREIRE SOARES, 2008, p. 746)

Não é demais lembrar que a norma jurídica deve amparar o interesse individual na medida em que esse coadunar com o interesse social: o indivíduo não pode ter seu interesse particular satisfeito se isso representar um prejuízo à ordem social; o próprio indivíduo prejudica-se se prioriza seu interesse, posto pertencer à sociedade. É por isso que a tutela jurídica do consumo dá-se visando à proteção do consumidor individual, mas em consonância com a coletividade de consumidores.

Nesse sentido é o entendimento de Melgaré:

A nossa condição de pessoa ocorre pela justaposição do nosso ser pessoal em comunicação com a nossa dimensão social. Em uma relação dialética, a pessoa forma-se alimentada por essas duas dimensões. É como se a pessoa humana fosse constituída por uma fina rede entretecida por duas linhas: a linha singular do próprio ser (o eu pessoal) e a linha da socialidade (o eu social). Se há o enfraquecimento de uma dessas linhas, ou se uma delas se torna mais forte que a outra, a rede se desfaz, decompondo substancialmente a pessoa humana. Há de haver uma simbiose entre o eu pessoal e o eu social, que, em proporções equilibradas, conjugam-se e forjam a essência da pessoa humana. (MELGARÉ, 2004, p. 235)

Assim, por se tratar de princípio contido em garantia fundamental prevista na CF – ou seja, constitucionalmente positivado, a proteção ao consumidor e seu

prolongamento através do CDC consubstanciam-se num sistema jurídico aberto, na medida em que, longe de se restringir a um contrato, regula a relação de consumo *lato sensu*, ou seja, toda e qualquer relação em que haja um consumidor e um fornecedor nos moldes dos arts. 2º e 3º do mencionada do Código. Permite-se concluir outrossim, a natureza principiológica do CDC: por serem o prolongamento de um princípio constitucional e ainda de um direito fundamental, as normas ali contidas são de ordem pública e interesse social, e portanto inicialmente insuscetíveis de derrogação pela mera vontade dos particulares participantes da relação de consumo e nem mesmo por norma específica que contrarie a proteção ao consumidor.<sup>9</sup>

Ou seja: por ser um imperativo constitucional a proteção ao consumidor é relevante não só para o indivíduo ou para o contratante, mas para a sociedade como um todo por ser a esta interessante a proteção do consumidor enquanto forma de se harmonizar a relação jurídica consumerista. Assim, quanto maior for o alcance da norma consumerista, mais eficaz será ela.

Deve-se ressaltar que a CF é fonte direta e imediata do ordenamento jurídico: é a estrutura de toda e qualquer norma, em face do que é a Lei Maior, a Norma Suprema. Por consequência, uma vez que os direitos fundamentais foram constitucionalmente positivados e portanto gozam de supremacia hierárquica ante a legislação infraconstitucional e aqui se frisa a proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII), devem obrigatoriamente ser respeitados e priorizados nas relações jurídicas. Nesse sentido, a sujeição dos particulares aos direitos fundamentais não é uma opção, mas um dever: uma vez recepcionados pela Constituição Federal, serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais pétreas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional (MARQUES, 2000a, p. 97).

Posto de outra forma: revelada pela pós-modernidade a desigualdade advinda da superioridade econômica do fornecedor diante do consumidor, este enquanto vulnerável foi identificado constitucionalmente (Art. 48 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma *especial* (MARQUES, 2000a, p. 87-88). O próprio art. 1º do CDC explicita tal primazia, ao preceituar que o Compêndio Consumerista “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor,

---

<sup>9</sup> Diz-se “inicialmente” porque, conforme bem aponta Filomeno (2007, p. 24), há interesses de caráter patrimonial que podem ser transacionados e até dispostos, como a regulação em convenção coletiva de consumo de condições relativas a preço, qualidade, quantidade, garantia e características de produtos e serviços (art. 107 do CDC).

de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias” (BRASIL, 2010).

Infira-se: o CDC é a lei através da qual o Estado promoverá a proteção ao consumidor, conforme vaticina o inciso XXXII do art. 5º da CF. Tanto o é, que o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é claro ao afirmar que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”, deixando claro ser o Diploma Consumerista a lei paradigmática de que trata o mencionado art. 5º, inciso XXXII da CF.

Bem assim, posto ser um princípio constitucional a proteção do consumidor não se restringe aos contratos nominados no CDC: toda e qualquer norma jurídica que verse direta ou indiretamente sobre relação de consumo deve se curvar à proteção ao consumidor e seus decorrentes preceitos do CDC, pois estes, em razão da origem constitucional, não tratam apenas de um “contrato” de consumo mas de toda e qualquer relação de consumo – expressão que tem abrangência maior que a mera entabulação entre consumidor e fornecedor. Assim, sempre que numa relação jurídica houver um consumidor e um fornecedor, em princípio ali preferencialmente se aplicará o CDC: o que se deve observar prioritariamente é a figura de um consumidor e a de um fornecedor, para somente em segundo plano analisar a existência ou não de uma relação de consumo típica (contrato de consumo) ou atípica (relação de fato).

Nessa linha de raciocínio, Gregori afirma que o CDC:

É uma lei principiológica porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos e negócios jurídicos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos estes contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relação de consumo. A Lei Consumerista regula, portanto, todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes. Nas palavras de Bruno Miragem, ‘a determinação da lei como de ordem pública revela um status diferenciado à norma que, embora não torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um caráter preferencial. (GREGORI, 2007, p. 89)

Ademais, obtempere-se que de acordo com seu art. 1º o CDC estabelece normas de ordem pública e de interesse social à relação de consumo, não podendo ser estas contrariadas ou derogadas pelas partes e obrigatoriamente devendo ser

respeitadas pela sociedade. Essa imperatividade do CDC é corroborada pelo art. 4º ao impor a proteção do consumidor como obrigação dos poderes públicos e agentes econômicos, conforme o escólio de Freire Soares:

[...] o legislador estabeleceu, no art. 4º § 4º do CDC, uma política nacional de consumo, adotando princípios específicos a serem seguidos pelo hermenêuta. A obediência a tais princípios é imperativa, pelo que as relações de consumo devem se desenvolver e serem interpretadas sem qualquer afastamento dos propósitos que os revestem e os caracterizam. As dicções do art.4º, da lei n. 8078/1990, não são programáticas, como alguns autores sustentam, a indicar os valores básicos que o Estado, entendendo relevantes, concretiza como metas a alcançar no tocante à relações de consumo. Não há outorga ao Estado de atividade discricionária pelo referido dispositivo, produzindo, ao revés, uma força cogente obrigatória não só para os órgãos estatais, mas também para os agentes da relação de consumo. (SOARES, 2008, p. 730-731)

Portanto, os preceitos principiológicos contidos no CDC são aplicáveis a qualquer relação de consumo ainda que regida por lei específica, pois decorrentes de imperativo constitucional. A CF é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro: todas as normas pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio somente serão válidas e terão fundamento se adequadas às normas da Magna Carta (cf. SILVA, 2009, p. 46). Por consequência, qualquer lei especial que tratar de situação que configure relação de consumo terá que se curvar e se adaptar ao microsistema consumerista por ser este um desdobramento principiológico constitucional, ainda que não haja previsão nesse sentido na respectiva lei especial.

Nery Júnior (2004, p. 222) bem esclarece, ao afirmar que o Diploma Consumerista "nem é lei geral nem lei especial. 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 principilogia do CDC". Corolário lógico, "[...] o princípio de que a lei especial derroga a geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas lei geral das relações de consumo, mas sim lei principiológica das relações de consumo" (NERY JÚNIOR, 2004, p. 227).

Em brilhante magistério, Nunes elucida a questão:

Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar. [...] Em primeiro lugar, a Lei n. 8.078/90 é Código por

determinação constitucional (conforme art. 48 do ADCT/CF), o que mostra, desde logo, o primeiro elemento de ligação entre ele e a Carta Magna. Ademais, o CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional. Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua sendo regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito. (NUNES, 2006, p. 65-66)

*In casu*, o raciocínio é o mesmo: um contrato de locação de bem imóvel continua sendo regulado pela Lei do Inquilinato e outras que venham a complementá-la; entretanto, submete-se aos princípios e regras do CDC de tal forma que será nulo todo dispositivo legal que contrariar os preceitos do Código Consumerista. E, em contrapartida, será válido todo dispositivo da LI que favorecer ao locatário enquanto consumidor de modo mais eficaz que o CDC, posto que o art. 7º do Diploma Consumerista autoriza nesse sentido.

Em fecho, não existe antinomia entre o CDC e a LI. Muito menos aplicação do critério da Especialidade mas sim o da Hierarquia, porque a ordem para a defesa do consumidor não emana de legislação ordinária e sim da própria CF, norma suprema e hierarquicamente superior às duas: uma vez que a Lei Maior encontra-se no grau mais elevado da hierarquia das normas, e posto o princípio da constitucionalidade exigir a conformidade de todas as normas e atos inferiores às disposições substanciais ou formais da Constituição (RÁO, 1997, p. 302), toda e qualquer relação de consumo será regulada na forma da lei que defende o consumidor (CDC) e subsidiariamente pelas demais leis infraconstitucionais, dado que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (CF, art. 5º, XXXII; BRASIL, 2010) e os direitos previstos no CDC não excluem outros mais benéficos e previstos na legislação interna ordinária (CDC, art. 7º, *caput*). E, se este princípio é alçado no posto mais alto da escala normativa, ele mesmo, sendo norma, torna-se doravante norma suprema do ordenamento (BONAVIDES, 2008, p. 289), visto que, se a CF é soberana na hierarquia normativa e sempre prevalecerá sobre qualquer lei ordinária, seus preceitos positivados assim também o serão.

Isto posto, se a CF impõe explicitamente que o Estado defenderá o consumidor nos termos que a respectiva lei protetiva (CDC) determinar, delega ao

Diploma Consumerista, e somente a ele, a competência para configurar e regular a relação de consumo, não podendo, portanto, uma norma infraconstitucional contrariar o compêndio consumerista. Assim, a LI somente será aplicada primordialmente às locações de bens imóveis urbanos se tais não se consubstanciarem em relações de consumo, ou se seus dispositivos forem mais benéficos ao locatário enquanto consumidor do que os do CDC, por força do art. 7º deste: caso contrário, aplica-se o CDC primeiramente e subsidiariamente a LI.

Restou provado, outrossim, que em nível infraconstitucional o CDC é a norma primeira a ser aplicada à locação de coisas quando se configurar relação de consumo. Entretanto, como se enquadrar a relação locatícia enquanto relação consumerista? É o que se discorrerá a seguir.

## 5. DA LOCAÇÃO DE COISAS ENQUANTO RELAÇÃO DE CONSUMO

### 5.1. Do conceito de relação de consumo

Qual o conceito de “relação de consumo”? O legislador consumerista não a conceitua, propositada e sabiamente: na velocidade de surgimentos e extinções de espécies de negócios jurídicos, seria temeroso tentar limitar taxativamente a relação de consumo através de um conceito, tal qual se tentou no início da vigência do CDC ao se tratarem como sinônimos relação de consumo e contrato de consumo. Já dito antes, o CDC aborda a “relação de consumo” porque esta expressão tem maior amplitude que “contrato de consumo” ou assemelhados.

Como então se identificar uma relação de consumo?

Mais uma vez prudentemente, o legislador dá a receita: relação de consumo será toda aquela em que se vislumbrarem de um lado o consumidor e de outro lado o fornecedor. Escorada no viés principiológico do CDC, tal fórmula possibilita a identificação de uma relação consumerista ainda que tal seja regida por lei específica, possibilitando assim a máxima proteção do consumidor e o consequente cumprimento do preceito constitucional estampado no art. 5º, inciso XXXII da Magna Carta.

Nesse mister, identificando-se o locador enquanto fornecedor e o locatário enquanto consumidor, tornar-se-á possível configurar a locação de coisas como relação de consumo – o que se buscará fazer a seguir.

### 5.2. Do locatário enquanto consumidor

O legislador pátrio buscou ampliar ao máximo o conceito de consumidor. Inicialmente, valeu-se da figura do cidadão comum (*bonus pater familias*) e a adequou à relação consumerista, idealizando o consumidor padrão como aquele detentor de um conhecimento mediano, sem instrução técnico-jurídica específica para o produto ou serviço e sem recursos financeiros expressivos. Destarte,

didaticamente podem-se vislumbrar no CDC dois tipos de consumidor: o *stricto sensu*, definido no art. 2º, e o *lato sensu*, englobando não só aquele como os a ele equiparados.

Ainda para fins didáticos, pode-se subdividir da seguinte forma:

- a) *consumidor efetivo* (art. 2º), o qual adquire ou usa na condição de destinatário final produto ou serviço de um fornecedor;
- b) *terceiro prejudicado* pelo defeito no produto entregue ou serviço prestado pelo fornecedor a um consumidor (art. 17), o qual não é parte numa relação de consumo típica mas é atingido pelos efeitos dela, como o dono de uma casa abalroada por veículo zero quilômetro com os freios defeituosos, dirigido por um consumidor que acabara de adquiri-lo;
- c) *consumidor em potencial* (art. 29), o indivíduo exposto à oferta e publicidade do produto ou serviço feitas pelo fornecedor, podendo se valer de tal *status* para usar o CDC contra a propaganda enganosa ou abusiva.

Cuidar-se-á no presente estudo do consumidor *stricto sensu* (consumidor efetivo), posto versar o trabalho sobre um contexto contratual. Assim, de acordo com o art. 2º do CDC consumidor é "toda pessoa física e jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 2010); já dito antes, por não ser limitado a contratos de consumo e em razão de sua natureza principiológica o CDC mira a figura do consumidor independentemente de estar ou não assim expressamente designado nas relações jurídicas: basta que seja destinatário final do produto ou serviço.

Citado por Benjamin, Alpa bem sintetiza a plêiade de hipóteses em que se enquadra a figura do consumidor, entre elas a locação de coisas:

No Direito tradicional o consumidor não vem expressamente assim denominado. É o comprador no contrato de compra e venda; é a vítima que sofre lesões por mau funcionamento de produtos de consumo; é aderente nos contratos de adesão; é o destinatário da mensagem publicitária; é o segurado no contrato de seguros; é o mutuário no contrato de mútuo; é o passageiro no contrato de transporte; é o inquilino nos contratos de locação residencial. (ALPA *apud* BENJAMIN, 2008)

Frise-se que a expressão “destinatário final” rendeu acaloradas discussões e divergentes interpretações, no que Marques (2006) sintetizou-as em duas correntes doutrinárias: finalistas ou subjetivas e maximalistas ou objetivas.

Para a primeira, consumidor seria o destinatário fático e econômico do produto ou serviço: fático, porque efetivamente retiraria da cadeia de produção e circulação o produto ou o resultado do serviço a ele (consumidor) fornecido e os restringiria ao seu uso próprio ou de sua família. Seria algo como alguém comprar um eletrodoméstico e colocá-lo em sua residência, sem a vontade ou possibilidade imediata de repassá-lo ou transferi-lo.

Econômico, porque o produto ou serviço não seria obtido pelo consumidor com o intuito de auferir lucro: a geração de dividendos pecuniários do produto ou serviço cessaria quando da aquisição ou durante o uso pelo consumidor. Seria o caso do consumidor que adquire um automóvel para tão-somente usá-lo para lazer ou necessidades pessoais e de sua família, ou o do proprietário de um imóvel mandar reformá-lo para ali morar e não para alugar ou algo assemelhado.

Segundo os finalistas, tal enquadramento do consumidor seria necessário para poder se identificar quem realmente é o vulnerável na relação de consumo: assim seria quem se assemelhasse ao cidadão mediano que adquire o produto ou serviço para fim não-profissional (uso próprio ou da família). Esta posição exclusivista se justificaria pela possibilidade de se garantir um alto nível de qualidade de proteção ao consumidor, se se considerá-lo em hipóteses restritas.

Portanto, conforme os finalistas será consumidor quem se valer de uma atividade do fornecedor e com isso ter para si em definitivo o produto ou prestação de serviço sem o intuito de lucro, isto é, quem obtiver um produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal e não como meio para a consecução de um fim profissional, empresarial, negocial ou congênere. Nesse mister, a aquisição de produto ou serviço para fim econômico, ainda que o adquirente ou usuário seja o destinatário final fático, descaracterizá-lo-ia como consumidor pelo fato de o objeto da relação de consumo continuar a ser usado para a circulação econômica, não se encerrando na pessoa que o utiliza.

Ou seja: o adquirente ou usuário do produto ou serviço fá-lo-ia em caráter definitivo para uso próprio, porém com vistas à obtenção de lucro, enquadrando-se no que doutrina e jurisprudência alcunharam “consumidor intermediário”. Conforme leciona Almeida (1982),

Já se viu que o consumidor é um não-profissional ou quem como tal actua, isto é, fora do âmbito de sua actividade profissional. Daí que se conclua que o chamado 'consumo intermédio', em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final ("endverbraucher", "ultimate consumer"). (ALMEIDA, 1982, p. 215)

Donato corrobora tal teoria:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Assim não basta ser destinatário fático do produto, isto é, retirá-lo do ciclo produtivo. É necessário ser também destinatário final econômico, ou seja, não adquiri-lo para conferi-lhe utilização profissional, pois o produto seria reconduzido para a obtenção de novos benefícios econômicos (lucros) e que cujo custo estaria sendo indexado no preço final do profissional. Não se estaria, pois, conferindo a esse ato de consumo a finalidade pretendida: a destinação final. (DONATO, 1993, p. 90-91)

A seu turno, a corrente maximalista preceitua o maior alcance possível da interpretação do art. 2º do CDC: a expressão "destinatário final" teria uma conotação puramente objetiva, não se prendendo à particularidade do tipo de uso da aquisição desde que o destinatário faça cessar a circulação do produto ou serviço no mercado mediante a respectiva aquisição ou uso. A destinação final que caracteriza o consumidor não seria necessariamente sinônimo de destinação particular (somente o consumidor usará o produto ou serviço): terceiros poderiam se valer do produto ou serviço adquirido ou usado pelo consumidor, desde que aqueles com tal prática não gerem lucro a este. Para os maximalistas, entender da forma dos minimalistas redundaria em restringir o dispositivo normativo – o que seria errado pois, já dito alhures, se a lei não fez distinção ou restrição, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Portanto, desde que o produto ou serviço não se destinem diretamente à produção, transformação, montagem, beneficiamento ou revenda, seria consumidor o mero destinatário final fático do produto ou serviço, não necessitando sê-lo sob o ponto de vista econômico. Se a cadeia produtiva consubstanciada na circulação do produto ou serviço encerra-se no adquirente ou usuário, aí está evidenciada a destinação fática e por consequência a figura do consumidor.

De acordo com Almeida (1993, p. 28), a operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido sem o intuito de revenda - por exemplo, a pessoa jurídica que compra móveis para mobiliar sua sede; o agricultor que, mesmo cultivando para a

revenda, compra adubo para fertilizar suas terras; a pessoa jurídica que, tendo por finalidade o fornecimento de alimentos (restaurante), adquire *software* para seu controle interno -; do contrário, se há aquisição ou uso para o fim de revenda, e para tanto se procede à transformação, beneficiamento ou industrialização, aí não se verificará o consumidor mas sim um intermediário entre o fornecedor e o destinatário final.

Portanto, para os maximalistas, pouco importa tratar-se de pessoa física ou jurídica: o que qualifica uma pessoa como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio - isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços (BRASIL, STJ, REsp 733.560/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2006).

Ressalte-se aqui, de acordo com os maximalistas, a prescindibilidade da constatação de vulnerabilidade ou hipossuficiência para a configuração de consumidor: para a corrente mencionada, tais características não são contempladas em nenhum dispositivo no CDC enquanto pressupostos indispensáveis à caracterização da figura do consumidor, e muito menos o art. 2º menciona algo nesse sentido.

Apesar de inicialmente predominante a teoria maximalista/objetiva no STJ, neste mesmo Tribunal Superior vem ganhando força uma variante da corrente finalista: a jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto (BRASIL, STJ, REsp nº 687.239/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2005). Ou seja: o consumidor será assim considerado de acordo com a verificação de sua vulnerabilidade, o que será apreciado caso a caso.

Essa mudança de comportamento indica o surgimento de uma terceira corrente, à qual Marques (2006, p. 305) dá o nome de “finalismo aprofundado”. Forma abrandada da teoria finalista, mantém os critérios fático e econômico para a definição de destinatário final mas abre exceção ao chamado consumidor intermediário se este adquirir ou utilizar o produto ou serviço para finalidade diversa da precípua: se o produto ou serviço não se relacionar diretamente à atividade econômica desenvolvida pelo adquirente ou usuário, e se este se revelar vulnerável

ou hipossuficiente em relação ao fornecedor, por exceção caracterizar-se-ia a relação de consumo.

É dizer: se produto ou serviço é adquirido ou usado para o fim de consumo e não para geração de capital, e se houver manifesta disparidade econômica entre adquirente e ofertante em favor deste, em princípio vislumbra-se em tal caso relação de consumo ainda que seja o adquirente ou usuário pessoa jurídica ou pessoa natural exercente de atividade de empresa (empresário), desde que ambos adquiram ou usem o produto ou serviço sem o intuito de lucro e para fim não ligado diretamente ao seu objeto social ou seu ofício respectivamente.

Observem-se dois exemplos: o primeiro, uma pequena e singela microempresa familiar em que pai, mãe e filhos trabalham em conjunto no preparo e venda de doces e cuja sede fica nos fundos do domicílio da família. Num dado momento, todos concordam que é necessário comprar um aparelho de ar condicionado, pois do contrário ficará insuportável trabalhar na fábrica em razão do calor.

Pois bem. O pai dirige-se a uma loja de grande porte - multinacional, hipermercado ou congênera – e, enquanto representante da microempresa, adquire o tal aparelho que após instalado apresentou vários defeitos, ensejando assim a respectiva reclamação nos moldes do art. 12 do CDC. Seria justo equiparar a pequena fábrica de doces à multinacional, ao simplista argumento de que se tratam ambas de pessoas jurídicas? Que suficiência técnico-jurídica teriam os membros da empresa familiar frente à fornecedora?

Evidencia-se, destarte, a vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora, diante do fornecedor. Portanto, ali se aplicam todas as proteções dispostas pelo Código Consumerista, para a devida estabilização e equilíbrio da relação.

Ainda: Fulano é empresário do ramo de confecções, e adquire um carro para passear com a família, o qual vem a apresentar defeitos no motor. Se Fulano não tiver conhecimento profundo sobre automóveis e se não usar o veículo para seu ofício, será consumidor.

Por outro lado, tem-se a hipótese em que uma poderosa instituição financeira celebra contrato de prestação de serviços com um jardineiro. Este cumpre com sua obrigação contratual; entretanto, a instituição não lhe paga o combinado, fazendo com que o humilde trabalhador ingresse com a respectiva ação, exigindo inclusive cláusula penal, juros e atualização monetária.

Claramente, presume-se que a pessoa jurídica no caso em tela é manifestamente mais forte econômica e tecnicamente: tem à disposição ou possui meios de conseguir assessoria técnica e jurídica, de modo muitíssimo mais fácil que o humilde jardineiro. Seria crível, portanto, atribuir vulnerabilidade à pessoa jurídica em tela – e portanto a integral proteção do CDC -, tão-somente porque em princípio ali se vislumbra um destinatário final de acordo com o art. 2º do CDC?

Obviamente, responder afirmativamente a tal indagação redundaria em extrema injustiça, manifesto desequilíbrio contratual. Dar-se-ia mais poder e força a quem já o tem, em detrimento da parte mais fraca na relação – *in casu*, justamente o fornecedor: assim, acerca da pessoa jurídica e do empresário enquanto consumidores, o cerne da questão em considerá-los ou não como tais repousa na verificação da vulnerabilidade e suficiência. A esse respeito, Marques (2006, p. 320) delimita a vulnerabilidade em técnica, jurídica, fática e informacional: verificada uma delas, presumidamente ou comprovadamente conforme o caso, cumpre-se o requisito exigido pelo finalismo aprofundado.

Na vulnerabilidade técnica, o adquirente não dispõe dos conhecimentos específicos à qualidade, uso, componentes, enfim, sobre a estrutura, manuseio e funcionamento do produto ou serviço. Em regra, é presumida para o consumidor não-profissional, podendo sê-lo em alguns casos para o consumidor profissional – por exemplo, o técnico em contabilidade que adquire um computador de última geração para seu escritório.

A vulnerabilidade jurídica, à qual Marques também dá o nome de científica (2006, p. 322), consubstancia-se na falta de conhecimento acerca de determinada ciência que constitui a essência do objeto da relação - por exemplo, o leigo que contrata um advogado para propor uma ação. Se tal vulnerabilidade é presumida no consumidor mediano por partir-se do princípio de que é leigo, o mesmo não se dá em relação aos profissionais e às pessoas jurídicas por terem em regra fácil acesso a assessoria por profissionais habilitados, possibilitando assim prévia e maior compreensão acerca das cláusulas de um contrato e se elidindo assim possível desequilíbrio em razão de desconhecimento técnico-jurídico; contudo, provando-se a dificuldade no acesso a tal conhecimento, por consequência prova-se a vulnerabilidade jurídico-científica.

Na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, verifica-se uma desvantagem do consumidor no tocante ao poder econômico: o fornecedor ocupa posição de destaque na relação contratual, pois detém o monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impondo sua superioridade a todos que com ele contratam (MARQUES, 2006, p. 325). Vislumbra-se aqui a figura da hipossuficiência, assim entendida a crônica deficiência apresentada por um indivíduo quando comparado ao paradigma do consumidor médio: se este é inferior em relação ao fornecedor, o hipossuficiente o é mais ainda.

Ressalte-se que a hipossuficiência não se caracteriza somente pela deficiência econômica. O brilhante magistério de Andrighi bem explica:

Tenho que a hipossuficiência não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser hipossuficiente pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, por exemplo, de trabalhar com o sistema de pagamento via cartão de crédito, etc. Assim, tão-somente, ser ou não o contrato monetariamente expressivo, ou terem as partes avultada capacidade econômica, não têm o condão de impedir ou justificar a hipossuficiência. Há ainda a observação da hipossuficiência sob o prisma processual, cujo matiz se distancia e desvincula ainda mais do aspecto econômico-financeiro, para delimitá-la dentro da capacidade probatória. (BRASIL, STJ, CC nº 41.056/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, 20 04)

Vê-se então que a hipossuficiência caracteriza-se pelo extremo desnível entre consumidor e fornecedor: em razão de características subjetivas, o primeiro seria mais vulnerável ainda que o consumidor mediano, conforme se dá com os incapazes, o idoso, o portador de necessidades especiais, entre outros.

Por fim, tem-se a vulnerabilidade informacional, caracterizada pelo déficit de informação apresentado pelo consumidor no tocante ao produto ou serviço. Em princípio, seria o caso de vulnerabilidade técnica, pois há deficiência de conhecimento sobre características do objeto da relação consumerista; entretanto, Marques bem afirma tratar-se de um tipo autônomo:

O que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. [...] Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente

como pessoa física. [...] Pensemos na vulnerabilidade que representa não dispor de uma informação alimentar, de que um determinado produto contém elementos geneticamente modificados, ou de que um determinado produto legal de tabaco causa vício e danos a 50 % de seus consumidores, qualquer a quantidade utilizada. São informações de boa-fé que um agente da sociedade detém e o outro não. [...] se é poder e se é fonte de responsabilidade, a informação é divisão de riscos, significando justamente compartilhamento, tornar comum (*communicatio-ionis, communico-are, communis*). Nunca antes o vício da informação foi um instrumento de compensação da vulnerabilidade do consumidor. (MARQUES, 2006, p. 329-331)

Entrementes, não se pode restringir a vulnerabilidade de forma taxativa. Andrigui magistralmente assevera:

[...] é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I). Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. (BRASIL, STJ, REsp nº476.428/SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, 2005)

Em síntese, pode-se concluir que o finalismo aprofundado é uma versão mais branda da teoria finalista, ao admitir em casos excepcionais pessoas jurídicas e pessoas naturais empresárias enquanto consumidoras desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade em uma das vertentes ora mencionadas. Não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor (BRASIL, STJ, REsp nº661.145/ES, Rel. Min. Jorge Scartezzin i, 2005).

Em outras palavras, e a exemplo do Direito Português, parte-se da premissa segundo a qual o consumidor é a parte fraca, leiga, profana, débil economicamente ou menos preparada tecnicamente de uma relação de consumo firmada com um contraente profissional (CALVÃO DA SILVA, 1990, p. 60). Não se desconsidera o fato de ser ou não o adquirente ou usuário profissional, mas sim se o indivíduo é o que o Direito Português intitula “profano” – o adquirente ou usuário leigo na relação jurídica, o desconhecedor de particularidades técnicas sobre o produto ou serviço, ainda que profissional em outra área desde que esta não se relacione com a

finalidade da aquisição ou uso, como por exemplo um advogado que adquire um automóvel para uso próprio sem ter a mínima noção de mecânica. Desde que assim se apresente o destinatário final e portanto se revele em situação de inferioridade na relação jurídica, tal sujeito será considerado consumidor.

Frise-se que não necessariamente o uso do produto ou serviços por terceiros que não o consumidor assim não o desnatura, desde que tal repasse não o seja com o intuito de remuneração ou qualquer outra contrapartida. Ou seja: se o indivíduo adquire ou utiliza um bem e repassa essa aquisição ou uso a terceiros sem o intuito de lucro ou qualquer outra vantagem, ainda assim se enquadra na dicção do art. 2º do CDC. Exemplo disso é a compra de um automóvel: se o marido adquire tal bem e deixa a esposa dirigir o carro, nem por isso deixa de ser consumidor.

Almeida bem assevera que a destinação final implica a aquisição ou uso

[...] para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda. Não se incluíram na definição legal, portanto, o intermediário e aquele que compra com o objetivo de revender após montagem, beneficiamento ou industrialização. A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Ocorrida esta, consumidor será o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não teve, até então, destinação final. (ALMEIDA, 2003, p. 38)

Outra questão que não pode passar despercebida: de acordo com o art. 2º do CDC, consumidor não é somente quem adquire produto ou serviço, mas sim quem utiliza enquanto destinatário final. Para ser assim caracterizado, o consumidor não precisa participar de uma relação consumerista com o intuito de aumentar seu patrimônio por meio da aquisição de bens a título oneroso: pode muito bem enquadrar-se no art. 2º, desde que utilize determinado bem ou serviço e absorva para si em definitivo o resultado da utilização.

Com efeito, a expressão “destinatário final” encerra a ideia de transferência ou absorção em caráter definitivo: o consumidor adquire do fornecedor o bem, no fornecimento de produto; e a satisfação de uma necessidade ou conveniência, no caso do fornecimento de serviço. Quanto a este, o resultado concreto de seu fornecimento é que será agregado em definitivo, ou seja, a utilidade gerada é que será absorvida definitivamente pelo consumidor: se este fosse destinatário final do serviço em si não poderia o fornecedor continuar a exercer tal mister, porque o teria

transferido em caráter definitivo ao consumidor numa situação análoga à cessão definitiva de direitos.

Quando o massagista presta seu serviço a um cliente, este não adquire em definitivo a habilidade do fornecedor em massagear: o profissional não perde sua capacidade de prestar o serviço porque transferiu para o consumidor. Contudo, ao beneficiar o corpo e integridade física do consumidor, o serviço prestado a este lhe gera utilidade e satisfação – estas sim, absorvidas em caráter definitivo pelo cliente.

Ou, quanto ao objeto do presente estudo, quando o locatário usa o bem alugado pelo locador, há aí a obtenção de satisfação durante o período da locação: o locatário satisfaz-se em definitivo através das utilidades geradas pelo bem disponibilizado pelo locador.

Destarte, por “destinatário final” não se deve entender somente aquele que agrega para si um bem tal qual no caso do produto, mas sim quem absorve em caráter definitivo o resultado do fornecimento do serviço desenvolvido pelo fornecedor em dado momento. Em outras palavras, tem-se por “consumidor” aquele que absorve para si em caráter definitivo não somente bens, mas sim uma utilidade ou satisfação concreta que seja consequência da prestação de serviço pelo fornecedor.

Ou, visto sob outro modo mas com o mesmo sentido, consumidor é todo aquele que absorve, em caráter definitivo, a projeção concreta do uso e gozo proporcionado pelo serviço pelo período em que este se deu: não é demais lembrar o já discutido sobre o art. 2º do CDC, quando afirma que consumidor não é só quem adquire, mas também aquele que usa determinado bem ou serviço e absorve em definitivo para si o resultado da utilização. Nesse sentido, o serviço seria o desenvolvimento de uma atividade pelo fornecedor, com vistas a satisfazer definitivamente a um interesse (necessidade ou conveniência) do consumidor.

Exemplo disso é o ato de assistir a um filme no cinema: o espectador paga para o fornecedor exibir o filme, mas não leva este para casa e nem pode revendê-lo; entretanto, o consumidor vale-se da exibição para o seu deleite, pelo que se pode afirmar que utilizou o serviço sem contudo se apropriar dele. Ou ainda, o tema central do presente estudo: o locatário recebe do locador o bem locado mas não pode vendê-lo; no entanto, pode utilizá-lo para o seu deleite ou repouso, pelo que também aqui se pode afirmar que utilizou o serviço para si sem no entanto apropriar-se dele.

É dizer, na locação enquanto relação de consumo, a destinação final se verifica quando o intento do locatário é satisfeito ao usar o bem: vez que o locatário visa em princípio a usar o bem para finalidade que não a diretamente relacionada à obtenção de lucro - por exemplo, se o locatário aluga um imóvel para residência -, retira tal bem temporariamente do mercado para o seu uso próprio e de sua família e faz com que, pelo período da locação, o uso do bem se encerre na sua pessoa (locatário).

Vê-se destarte que não só a apropriação do produto ou serviço caracteriza o consumidor: também o será quando utilizar o produto ou serviço e o resultado dessa utilização for absorvido em definitivo para si, como se dá na locação. A esse respeito, Filomeno (2007, p. 32) bem aduz ao conceituar o consumidor como “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço”.

Caracterizado o locatário como consumidor, resta saber se o ato de locar enquadra-se como fornecimento para fins de relação de consumo – o que se discutirá a seguir.

### **5.3. Do objeto da relação consumerista**

#### **5.3.1. Produto**

Conforme o art. 3º § 1º do CDC, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (BRASIL, 2010). Bem andou o legislador nesse sentido: a ideia de produto amplia a gama de hipóteses, não restringindo o objeto a determinado tipo de bem ou coisa.

Importante salientar-se a conotação que se dá à expressão “bem” enquanto objeto da relação consumerista: num sentido amplo, “bem” pode ser entendido como tudo o que possa satisfazer aos anseios do ser humano. Etimologicamente, a palavra *bem* deriva de *bonum*, felicidade, bem-estar (VENOSA, 2007, p. 284);

portanto, *lato sensu* tudo o que possa proporcionar felicidade e bem-estar será um bem, independentemente de ser passível de apropriação ou valoração econômica.

Entretanto, num sentido estrito, além de necessariamente precisar ser útil ao ser humano o bem – aqui usado como sinônimo de “coisa”, posto que o CC trata ambos como sinônimos - deve ser passível de apropriação. Doutrinariamente, ainda persiste a dicotomia bem/coisa: parte da doutrina sustenta que “bem” seria tudo aquilo que possa proporcionar uma utilidade às pessoas, ao passo que “coisa” seria um bem economicamente apreciável e suscetível de apropriação – ou subordinação a uma pessoa (subordinação jurídica), conforme entende Fiúza (2006, p. 184).

Outra parte entende justamente o inverso: “coisa” seria tudo o que existe e possa ser útil ao ser humano, e “bem” seria a coisa passível de apropriação e valoração econômica. Lopes, citado por Venosa, assim entende:

[...] sob o nome de coisa, pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém com o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação. (LOPES *apud* VENOSA, 2007, p. 284)

Também nesse sentido, ao comentar a obra de Santo Tomás de Aquino, Nicolas bem observa:

A etimologia da palavra coisa (*causa*) explica mal o que ela significa. Na linguagem comum, é a palavra mais vaga que existe: a coisa é tudo aquilo que pode ser apreendido, imaginado, pensado, afirmado ou negado, com, entretanto, uma conotação de materialidade. As coisas são seres inanimados ou ao menos inconscientes. Mais precisamente, será o ser enquanto substância e então coisa, *res*, torna-se um transcendental. No uso que faz Sto. Tomás, o sentido da realidade (coisa = *res* = realidade) deve ser frequentemente tomado em toda a sua força. Opondo a coisa ao objeto pensado e tornando-a um além em si mesmo irrepresentável da representação. Kant faz o leitor de Sto. Tomás tomar consciência da força do realismo que possui para ele o conceito de coisa, ou melhor, de *res*. A *res* é o real e é esse real que o pensamento conhece, em sua própria realidade. (NICOLAS *apud* AQUINO, 2003, p. 76)

Dicotomia à parte, o CC de 1916 tratou bem e coisa como se sinônimos fossem. Inobstante, dada a sua inspiração liberalista e assim de cunho patrimonial, o revogado Diploma Civilista imprimiu ao bem/coisa uma conotação essencialmente pecuniária e materialista na medida em que somente desta forma seria considerado aquilo que pudesse ser objeto de uma relação jurídica, tivesse apreciação econômica e suscetibilidade de apropriação pelo homem. Assim, conforme já dito

alhores o paradigma da modernidade (patrimônio) deu lugar ao paradigma da pós-modernidade (pessoa humana), havendo alterações na acepção de “bem”: este passou a ser compreendido como tudo aquilo que tivesse utilidade ao ser humano e pudesse ser objeto de um direito subjetivo, sem necessariamente ser perceptível aos sentidos humanos ou passível de valoração econômica.<sup>10</sup>

Vê-se então que o bem se desvinculou da conotação estritamente patrimonial e econômica: todo bem que tenha apreciação econômica será jurídico, mas nem todo bem jurídico terá apreciação econômica. Posto de outra forma, sob os influxos do princípio da Dignidade Humana a importância do bem para a pessoa é considerada num contexto axiológico e não somente pecuniário: o bem possui um valor não necessariamente se for economicamente apreciável, mas se for útil de alguma forma ao ser humano.

Destarte, numa acepção ampla os direitos podem ser considerados bens por conferirem à pessoa vantagens e benefícios enfim, utilidades -, e puderem ser nesse sentido objeto de relação jurídica. A personalidade, por exemplo, é considerada bem na medida em que aufere à pessoa uma série de vantagens e direitos (nome, honra, imagem, privacidade, etc.) e pode ser objeto de relação jurídica no caso de defesa ou lesão dos mesmos: consubstancia-se num conjunto de atributos inerentes à pessoa, sendo assim o bem por excelência sobre o qual a pessoa desenvolve a aquisição de direitos e obrigações e se relaciona com outros sujeitos de direito.

Conforme obtemperam Coimbra e Quaglioz:

Embora os direitos da personalidade possuam atributos que, principalmente em razão dos bens que protegem – os quais, reitera-se, constituem os valores mais elevados da pessoa humana – os singularizam frente às demais prerrogativas jurídicas inseridas na mesma categoria dogmática de que participam, cria a ordem jurídica algumas exceções a essas características, estabelecidas no interesse do titular do direito ou no da coletividade. Dotados de maior visibilidade são os temperamentos pertinentes à indisponibilidade desses direitos, tornando possível, para esses bens, a aquisição de circulabilidade jurídica, geralmente em virtude do interesse negocial do sujeito. Assim é que se permite ao sujeito daqueles direitos personalíssimos que sofrem a intervenção do ordenamento para que se tornem disponíveis – como, por exemplo, o direito à imagem – que possa usufruir resultados patrimoniais decorrentes de sua utilização pública, desde que não haja ofensa aos valores integrantes da personalidade humana. Dá-se, com isto, compatibilidade

<sup>10</sup> Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 253/254) afirmam: “os bens jurídicos podem ser definidos como toda a utilidade física ou ideal, que seja objeto de um direito subjetivo. (...) é a utilidade, física ou imaterial, objeto de uma relação jurídica, seja pessoal ou real”.

entre as características desses direitos e aos aspectos econômicos decorrentes das relações jurídicas que se formam como consectário da permissão de ingresso, no circuito jurídico, dos valores que compõem a personalidade do indivíduo. Portanto, é a título de exemplo, com base no interesse do titular de direitos autorais em fazer aportes de receitas ao seu patrimônio, assim como no de recrudescer a acessibilidade à sua criação, que a ordem jurídica opera mitigações na rigidez representada pela característica da indisponibilidade que possuem tais direitos em sua feição moral. O mesmo acontece com o direito à imagem, freqüentemente cedido, em geral por pessoas famosas, para que seja utilizado em campanhas comerciais cujo objetivo é promover produtos e empresas. (COIMBRA ; QUAGLIOZ, 2007)

Veja-se ainda o caso dos bens imateriais: não possuem existência física porém existem juridicamente; são criações idealizadas que, sendo reconhecidas pelo Direito, tornam-se aptas a serem objetos de uma relação jurídica por poderem produzir efeitos jurídicos (direitos, deveres, ganhos, ônus, etc.). Entrementes, não podem ser agregados total e definitivamente ao patrimônio do consumidor por uma de duas hipóteses: por não serem tangíveis e não poderem sofrer detenção física – um dos requisitos do *jus possessonis*, além do *animus possidendi* (vontade de usar e gozar do bem como se proprietário fosse), a respectiva propriedade não pode ser transferida, pelo menos não totalmente; ou, ainda que a lei reconheça a posse jurídica em definitivo, fá-lo-á somente de forma parcial pois o proprietário do bem imaterial continua a ele ligado de alguma forma irrenunciável.

Tem-se como exemplo o direito autoral: o adquirente não o tem por completo enquanto proprietário, porque não pode se arvorar e nem se propagar autor da obra; de acordo com o art. 22 da Lei nº 9.610/98, os direitos morais do autor sobre a obra são inalienáveis e irrenunciáveis, pelo que somente o aspecto patrimonial pode ser cedido (BRASIL, 2010). Ainda, o adquirente não tem exclusividade absoluta sobre o direito autoral, posto poder o autor modificar a obra antes ou depois de utilizada (art. 24, V) e ainda fazer, nas edições sucessivas de suas obras, as emendas e alterações que bem lhe aprouver ao alvedrio do adquirente (art. 66) mesmo após ter cedido os direitos patrimoniais sobre a obra (BRASIL, 2010).

Bem alude Venosa, quando afirma que os direitos autorais são modalidade de direitos da personalidade (VENOSA, 2006b, p. 601) e explica a respeito:

Nesses direitos do intelecto, pontua-se a concepção meramente material, às vezes não muito clara na prática, incluindo complexo de direitos que se traduzem em produção literária, científica ou artística. Essa relação entre o autor e o objeto de sua criação, o *corpus mechanicum*, mantém-se exclusivamente na esfera patrimonial, enquanto não divulgada a obra pela

publicação do livro, a divulgação da escultura, da película cinematográfica, da peça teatral, do programa de informática etc. Divulgado o produto da criação intelectual, podemos afirmar que passa a integrar o patrimônio da coletividade, como bem cultural. A partir de então, surge a dicotomia de direitos morais e patrimoniais a serem examinados no campo legislativo e doutrinário. Por essa razão, não se podem resumir de forma singela os direitos do autor à modalidade de propriedade. É, sem dúvida, espécie de propriedade e muito mais. (VENOSA, 2006b, p. 600)

Vê-se então a impossibilidade da transferência *in totum* da titularidade de um direito autoral porque, enquanto direito da personalidade, somente o aspecto patrimonial pode sê-lo. Por consequência, ainda que o autor transfira definitiva e totalmente os direitos sobre sua obra continua ligado a ela no que tange ao aspecto moral, pelo que não se pode falar em tradição jurídica da propriedade.

Portanto, ainda que o ordenamento jurídico abrande o rigor da indisponibilidade e intransmissibilidade do direito autoral no aspecto patrimonial, fato é que continua sendo intransmissível e indisponível moralmente e assim insuscetível de apropriação. Destarte, como se vislumbrar a figura do destinatário final consumerista se o bem imaterial é insuscetível de apropriação?

Deve-se ponderar que, se não é em princípio apropriável, o bem gera efeitos que podem ser úteis ao ser humano: no caso do bem imaterial, mesmo não sendo proprietário mas apenas possuidor o adquirente auferir utilidades. O raciocínio é o mesmo para os denominados bens indisponíveis ou inalienáveis, se as utilidades por eles geradas puderem ser objeto de absorção definitiva.

Entenda-se: de acordo com o Dicionário Aurélio, “utilidade” é a “propriedade dos objetos que satisfazem as necessidades econômicas do homem”; é tudo aquilo gerado por um bem, que resulte em satisfação das necessidades de quem o usa. O usuário ou adquirente não devolve a satisfação percebida e obtida com o uso ou aquisição do bem; o adquirente de um veículo é consumidor não somente porque adquiriu um bem, mas porque é destinatário final do bem e/ou da satisfação gerada por este ao adquirente, satisfação esta que em princípio não é repassada a terceiros e que caracteriza a destinação final prevista no art. 2º do CDC.

Nunca é demais lembrar que o objeto da relação consumerista é o produto, e não somente o bem. Assim, se a utilidade gerada pelo bem puder ser objeto de uma relação de forma a que a satisfação gerada seja absorvida em caráter definitivo, também a utilidade autonomamente é considerada um bem *lato sensu* e portanto um produto. Ou seja: se o indivíduo utiliza um bem sem adquiri-lo, mas se as

vantagens e benefícios advindos do uso forem absorvidos em definitivo pelo usuário, enquadra-se na dicção do art. 2º do CDC.

Destarte, deve-se entender que o art. 3º § 1º do CD C refere-se a “bem” sob uma conotação ampla, sendo assim considerado tudo aquilo que possa gerar vantagens definitivas ao consumidor, ou as próprias vantagens em si consideradas: estas, e não necessariamente o bem em si considerado, seriam absorvidas permanentemente, observando-se assim a destinação final de que trata o art. 2º, caracterizando o consumidor e configurando a relação consumerista. Isto posto, a enumeração trazida pelo art. 3º § 1º é meramente ex emplificativa: vez que tudo aquilo que possa gerar utilidades é um bem *lato sensu*, insere-se no contexto do mencionado dispositivo.

Nunes alude a respeito:

Afinal, o que seria um produto imaterial que o fornecedor poderia vender e o consumidor adquirir? Diga-se em primeiro lugar que a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada. Por isso fixou conceitos os mais genéricos possíveis (“produto é *qualquer* bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial). Isso é que é importante. A pretensão é que nada se lhe escape. (NUNES, 2006, p. 91-92)

Para que não pairassem dúvidas a respeito, poderia ter o legislador formulado o art. 3º § 1º da seguinte forma: “produto é qualquer bem ou as vantagens e utilidades auferidas em razão do uso e gozo dele, desde que absorvidas em definitivo pelo consumidor”. Ou seja: produto é o que o consumidor absorve em definitivo; é qualquer bem *lato sensu*, isto é, tudo o que possa ser útil para o consumidor, podendo se consubstanciar num bem *stricto sensu* ou nas utilidades geradas por este.

### **5.3.2. Serviço e sua concretização na obrigação de locar**

Diz o art. 3º § 2º do CDC que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, ressalvada a de caráter trabalhista (BRASIL, 2010). Mas não se deve tratar por sinônimos “serviço” e “prestação de serviço”: esta é a espécie, enquanto aquele é o gênero.

Com efeito, conforme o art. 594 do CC, prestação de serviço é toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, que possa ser contratada mediante retribuição (BRASIL, 2010), ressaltando-se que a prestação de serviço civilista restringe-se a uma obrigação de fazer (VENOSA, 2006b, p. 211).

A seu turno, o serviço de que trata o CDC tem uma conotação mais ampla: de acordo com o já mencionado art. 3º § 2º, é “qual quer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (BRASIL, 2010). Ou seja: desde que o objeto oferecido pelo fornecedor seja uma atividade regularmente desenvolvida com o intuito de lucro será considerada serviço para fins de relação consumerista, não importando se a obrigação consiste num dar ou fazer.

O CDC abandonou a concepção adotada pelo CC, que restringe o serviço à ideia de prestação de serviço e ao conceito de obrigação de fazer, e alargou a concepção para toda e qualquer atividade habitual prestada mediante remuneração, de forma abranger o máximo possível de relações que contenham em seu objeto uma atividade habitual remunerada. Por tal motivo, pode uma mesma prestação ser considerada obrigação de dar sob o ponto de vista civilista e serviço pelo viés consumerista - em face do que, torna-se imperioso considerar-se a obrigação de locar como um todo, do qual as prestações de dar e fazer seriam prestações integrantes e que se interligariam para a consecução do objetivo principal do locador.

Ou seja: a principiologia civilista atinente à classificação das obrigações restou insuficiente para explicar a obrigação decorrente da relação de consumo; natural, pois, adotarem-se novos princípios para tal mister. Nesse sentido é o escólio de Venosa, ao comentar sobre o microssistema consumerista:

Destarte, em qualquer exame contratual que se faça, inserido o negócio no universo desse microssistema jurídico, não pode mais o intérprete prender-se unicamente aos princípios tradicionais de direito privado, devendo necessariamente trazer à baila em seu silogismo para aplicação da lei ao caso concreto os novos princípios. (VENOSA, 2006a, p. 367)

Assim, seria um retrocesso classificar a obrigação de locar como um dar ou um fazer, visto que ambas coexistem em tal situação e desempenham papéis igualmente importantes na prestação do locador: a classificação civilista

representaria uma limitação prejudicial ao tratamento da *obligatio rei*. Entretanto, se não é simplesmente um dar ou fazer, como se compreender a obrigação de locar como um conjunto em que as prestações de dar e fazer são partes integrantes e igualmente finalísticas, e por conseguinte configurar uma atividade exercida pelo fornecedor consumerista?

Na Psicologia, investiga-se a formação dos processos mentais humanos tendo-se por pressuposto o estudo da atividade. Tal esforço resultou na Teoria da Atividade, concebida e desenvolvida pelos psicólogos russos Lev Vygotsky (1896-1934) e Alexsei Nikolaevich Leontiev (1903-1979), a qual tem suas raízes nos postulados de Marx e Engels acerca do materialismo histórico.

De acordo com os citados filósofos socialistas, a classe burguesa reduziu a ideia de trabalho à de emprego: para os burgueses o trabalho seria tão-somente uma atividade desenvolvida pelo operário para o patrão, consistente apenas numa relação de troca do esforço do proletário pela remuneração do empregador regulada pelo direito e pelo mercado. Contudo, Marx e Engels foram além: através do materialismo histórico, propuseram o trabalho enquanto um conjunto de ações tendentes à transformação do indivíduo e da sociedade, visto que as relações de produção desenvolvidas entre operário e patrão influenciam diretamente a sociedade em todos os seus níveis (cidade, Estado, legislação, entre outros). Em outras palavras, o trabalho consistiria numa atividade cujo mister redundaria na transformação do modo de sentir, pensar e agir, o que se refletiria nos sistemas políticos, jurídicos, artísticos, morais, religiosos e congêneres.

Assim, a partir das premissas da doutrina marxista, a Teoria da Atividade consubstancia-se num conjunto de ações que, sistematicamente coordenadas, convergem para a realização do objetivo almejado pelo indivíduo: uma atividade humana não é somente um ato isolado, mas sim uma rede de ações interligadas que, ao atingirem suas respectivas metas, contribuirão para alcançar o resultado da atividade (MARTINS ; DALTRINI, 2001, p. 300-301). Em suma, é uma sucessão de atos interligados com vista à realização de um fim (MEIRA, 2008).

De acordo com referida teoria, a atividade humana é a consecução de três elementos estruturais: necessidade, objeto e motivo. Citado por Asbahr, Leontiev bem explana a respeito:

A primeira condição de toda a actividade é uma necessidade. Todavia, em si, a necessidade não pode determinar a orientação concreta de uma actividade, pois é apenas no objecto (*sic*) da actividade (*sic*) que ela encontra sua determinação: deve, por assim dizer, encontrar-se nele. Uma vez que a necessidade encontra a sua determinação no objecto (*sic*) (se "objectiva" nele), o dito objecto torna-se motivo da actividade, aquilo que o estimula. (ASBAHR, 2005, p. 112)

Ou seja: quando o indivíduo passa a ter por premissa a satisfação de uma necessidade, esta se transforma num objeto cuja satisfação seria o objetivo. Ato contínuo, quando o ser humano passa a praticar ações no sentido de satisfazer a necessidade, esta de objetivo passa a ser o motivo do esforço dispendido. Asbahr comenta a respeito:

Necessidade, objeto e motivo são componentes estruturais da atividade. Além desses, a atividade não pode existir senão pelas ações, constitui-se pelo conjunto de ações subordinadas a objetivos parciais advindos do objetivo geral. Assim como a atividade relaciona-se com o motivo, as ações relacionam-se com os objetivos. (ASBAHR, 2005, p. 112)

O raciocínio depreendido da Teoria da Atividade pode ser aplicado à locação de coisas: o art. 565 do CC define-a como um negócio jurídico em que “uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição” (BRASIL, 2010). Apressadamente, poder-se-ia concluir que a locação de coisas é um contrato em que ao locador incumbe tão-somente a obrigação de dar, consubstanciada na entrega do bem ao locatário pura e simplesmente, sem que o primeiro tenha que desenvolver mais nenhuma atividade para que o segundo possa usar e fruir do bem.

Contudo, a prestação do locador traduz-se numa obrigação complexa, em que se identificam prestações de fazer e dar. Bem elucidada o Código Civil Português em seu art. 1.022, ao preceituar que a locação “(...) é o contrato pelo qual uma das partes se obriga **a proporcionar à outra** o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição” (PORTUGAL, 2010; grifo nosso): a obrigação do locador perfaz-se em possibilitar ao locatário o uso do bem locado, através de várias prestações interligadas entre si.

Nesse contexto, a cessão temporária do bem ao locatário resta configurada ao locador como prestação de dar; lado outro, o locador possui outras obrigações igualmente importantes e principais que se apresentam como prestações de fazer, conforme bem aponta Beviláqua:

As obrigações do locador resumem-se na de assegurar ao locatário o uso e gozo da coisa alugada, pois nisso consiste a locação. Desdobrando esta idéia fundamental, declara o art. 1.189 que o locador é obrigado (...) *A garantir, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa*. Esta obrigação decompõe-se em duas: a) de abster-se o locador de qualquer ato, que possa perturbar o uso e gozo da coisa; b) de garantir o locatário contra perturbações de terceiro, obrigação a que o art. 1.191 provê, de modo particular. (BEVILÁQUA, 1955, p. 223-224)<sup>11</sup>

Destarte, não se pode rotular peremptoriamente a obrigação de locar enquanto dar ou fazer, posto que ambas as prestações são visualizadas *in casu* em igual importância: só se considera adimplida a obrigação do locador se este cumpre com todas as prestações de dar e fazer atinentes, não se desincumbindo o locador de seu ônus se tão-somente entregar o bem ao locatário, por exemplo. Ademais, a classificação em dar ou fazer perde todo o sentido porque ontologicamente a obrigação de dar é de certa forma uma obrigação de fazer, e muitas vezes esta última exaure-se tendo por consequência aquela.

Nesse sentido, ao comentar sobre a tripartição das obrigações em dar, fazer e não fazer, bem aponta Venosa:

Com sua costumeira acuidade, Washington de Barros Monteiro (1979, v. 4:48) tacha de ambígua essa classificação, porque sua tripartição não se apresenta como compartimentos estanques. Lembra o citado mestre que *“rigorosamente, toda obrigação de dar mistura-se e complica-se com uma obrigação de fazer, ou de não fazer. Muitas vezes elas andam juntas. Assim, na compra e venda, o vendedor tem obrigação de entregar a coisa vendida (dar) e de responder pela evicção e vícios redibitórios (fazer)”*. Também as obrigações de fazer e não fazer podem baralhar-se, bem como a obrigação de dar. Daí por que legislações mais modernas abandonaram essa divisão, o que deveria ter feito o vigente Código, que, no entanto, preferiu não alterar a estrutura original arquitetada por Clóvis Beviláqua. (VENOSA, 2006a, p. 56-57)

Isto posto, se na locação de coisas a atividade do locador redundava em prestações de dar e fazer, sendo estas indissociáveis<sup>12</sup> e se interligando de modo a contribuir para um mesmo objetivo principal pretendido pelo locador – *in casu*,

<sup>11</sup> O inciso II do art. 1.189 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2010), onde se lia que “o locador é obrigado: (...) II – a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa”, fora inteiramente recepcionado pelo art. 566, inciso II, do Código Civil de 2002. Da mesma forma, o art. 1.191 supra mencionado o fora pelo art. 568: “o locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação”.

<sup>12</sup> Diz-se “indissociáveis” no sentido de que não basta o cumprimento de uma delas para que se considere satisfeita a obrigação do locador. Por exemplo, a simples cessão do bem ao locatário não autoriza o adimplemento do locador, posto este ainda se obrigar a resguardar o locatário “dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação” (art. 568 do CC).

locar a coisa -, inexoravelmente se verifica aí um conjunto de ações que configura uma atividade. Ato contínuo, se este conjunto de ações for exercido pelo locador mediante oferecimento ao mercado de consumo e com o objetivo de lucro – este entendido *lato sensu*, compreendendo-se aqui a ideia de contraprestação ou remuneração -, está configurada a atividade caracterizadora do serviço conceituado no art. 3º § 2º do CDC, visto que tal dispositivo caracteriza como serviço o desenvolvimento de “atividade” – isto é, um complexo de prestações interligadas e interdependentes -, e não somente de “obrigação de fazer” ou “obrigação de dar”.

Ainda, seria simplista tratar por sinônimos “serviço” e “trabalho”. Meirelles bem esclarece a respeito:

Da hipótese de que serviço é realização de trabalho, derivam-se três postulados: 1) Serviço é trabalho na sua acepção ampla e fundamental, podendo ser realizado não só através dos recursos humanos (trabalho humano) como também através das máquinas e equipamentos (trabalho mecânico). 2) Serviço é trabalho em processo, ou seja, serviço é trabalho na concepção dinâmica do termo, trabalho em ação. 3) Todo serviço é realização de trabalho, mas nem toda realização de trabalho é serviço, ou seja, não existe uma relação biunívoca entre serviço e trabalho. (MEIRELLES, 2006, p. 130)

Do primeiro postulado, depreende-se que o serviço pode ser realizado basicamente de dois modos: através do tão-só trabalho humano, ou seja, pela mera atividade material ou intelectual – por exemplo, respectivamente uma sessão de massagem ou uma palestra; ou por meio do trabalho mecânico, isto é, qualquer forma de trabalho que não usa a energia do homem como fonte primária (MEIRELLES, 2006, p. 130). Em outras palavras, o serviço pode se caracterizar pela simples atividade humana do fornecedor sem o uso de um bem deste pelo consumidor – por exemplo, no serviço de jardinagem, ou pela atividade humana do fornecedor em conjunto com o uso, pelo consumidor, de um bem material ou imaterial daquele – como é o caso da locação, em que o locatário vale-se não somente do imóvel mas também da proteção do locador quanto à prestabilidade do imóvel e pertencas e ao uso pacífico da coisa (CC, arts. 566, I e II e 568): num e noutro caso (com ou sem o uso de um bem), o serviço caracteriza-se quando o fornecedor, para exercer a atividade pretendida pelo consumidor, proporciona-lhe o uso e gozo e definitiva absorção dos efeitos das vantagens auferidas.

Num primeiro momento, vislumbra-se certa dúvida quanto ao bem imaterial no contexto do serviço: Mangieri (2001, p. 24) bem afirma que serviço é “o produto do

trabalho humano destinado à satisfação de uma necessidade, através da circulação econômica de um bem imaterial ou incorpóreo”. No mesmo sentido entende Moraes:

A noção de serviço [...] não pode ser confundida com a simples prestação de serviços (contrato de direito civil que corresponde ao fornecimento de trabalho). O conceito de serviço nos vem da economia, do trabalho como produto. De fato, o trabalho, aplicado à produção, pode dar classes de bens: bens materiais denominados material, produto ou mercadoria e bens imateriais conhecidos como serviços. Serviço, assim, é expressão que abrange qualquer bem imaterial, tanto atividades consideradas de prestação de serviços [...] como as demais vendas de bens imateriais (v.g.: atividade do locador de bens móveis, do transportador, do albergueiro, do vendedor [...]).(MORAES, 1984, p. 82)

Reforça o raciocínio em debate o escólio de Martins:

A situação fática indicativa de *serviços* é a atividade ligada à circulação econômica, consistente na circulação de um bem incorpóreo imaterial. Presta-se serviço quando se cede um *bem imaterial*, pois *serviço* é bem incorpóreo na etapa da circulação econômica. Tal conceito abrange gama enorme de situações, que vão desde o fornecimento do simples trabalho a terceiro até a cessão de certos direitos, como a locação de bens móveis e a própria cessão de direitos. (MARTINS, 2000, p. 38)

Visto que o bem imaterial é afeto ao contexto do produto ou serviço, como saber se se trata de um ou de outro?

A questão repousa no desejo finalístico do consumidor: usar e gozar de um bem pura e simplesmente, ou se valer de uma atividade do fornecedor e para tanto ter que utilizar um bem. Quanto ao produto, o consumidor adquire-o e de *per si* consegue auferir do respectivo objeto as vantagens que almeja, sem que o fornecedor precise desenvolver uma atividade para tal mister: se Fulano adquire um veículo para uso próprio, em princípio não precisa do vendedor para ser seu motorista e nem isso é necessário para o uso e gozo do automóvel pelo consumidor. Já no serviço, verifica-se a indispensabilidade da atividade do fornecedor na satisfação do desejo do consumidor: este pode até usar o bem mas não conseguirá ou não quererá por si só auferir o resultado almejado, porque o fornecedor precisa desenvolver uma atividade complementar ou conexas para que o bem gere os benefícios pretendidos pelo consumidor - verificando-se então a atividade imprescindível e portanto o serviço.

Por exemplo, se Fulano loca um bem de Beltrano, em princípio quer o bem em perfeito estado de uso; assim, se a coisa não se acha em tais condições, Fulano

não conseguirá ou não desejará sozinho arcar com a manutenção necessária exigida pelo bem para a locação: precisará do locador para o conserto ou reforma do bem. De mais a mais, quando o locatário aluga um bem, objetiva simplesmente tomar posse da coisa: loca o bem na esperança de que o locador lhe proporcionará tranquilidade para tanto, ou assistência em caso de dissabores imprevistos (turbação de terceiros, defeitos no bem, entre outros).

Denota-se assim que prepondera no serviço o interesse pela atividade como um todo e não somente pela mera aquisição ou uso do bem: o vínculo obrigacional tocante ao fornecedor não se esgota com a entrega do bem ao consumidor, sendo necessário que o primeiro pratique ações imprescindíveis para que o bem gere as utilidades objetivadas pelo consumidor.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho asseveram:

Todavia, as *prestações* podem ser objeto de direitos. Isto porque, nos *direitos subjetivos de crédito (obrigacionais)*, espécies de direitos pessoais, não interessa ao titular do direito a coisa ou o bem em jogo. Interessa sim, a *atividade do devedor voltada à satisfação do crédito*, ou seja, a sua prestação. (GAGLIANO ; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 256)

Destarte, o bem imaterial:

- a) será por si só o objeto da relação jurídica (o consumidor quer o bem, pura e simplesmente) ou será o meio pelo qual se gerará a utilidade ou vantagem que o consumidor almeja, mas em ambos os casos não dependerá de atividade complementar do fornecedor para satisfazer ao anseio do consumidor – no que se configura assim o fornecimento de produto; ou
- b) será um instrumento de obtenção da vantagem almejada pelo consumidor, mas é imprescindível a participação do fornecedor para tal mister. Ainda que o bem seja instrumento para a obtenção da utilidade, tal só se dará se o fornecedor desenvolver certa atividade imprescindível a tanto, configurando-se então o fornecimento de serviço.

O segundo postulado é corolário do primeiro: ao vislumbrar a distinção entre serviço (trabalho em processo) e produto (resultado do serviço, ainda que este gere ao consumidor um bem), este se revela secundário na medida em que o consumidor

se satisfará com a realização de trabalho praticada pelo fornecedor, e não somente com o bem oriundo de tal mister.

Meirelles bem enfatiza:

Neste sentido, o produto ao qual os serviços estão relacionados pode ser tangível ou intangível, ou seja, tanto pode ser um bem físico ou uma informação, pois o que caracteriza efetivamente uma atividade como de serviço é, única e exclusivamente, a realização de trabalho. [...] o serviço só se caracteriza enquanto tal na medida em que há realização de trabalho, independente dos insumos utilizados, se tangíveis ou intangíveis, e dos meios de trabalho utilizados, se humanos ou mecânicos. (MEIRELLES, 2006, p. 131)

Por fim, quanto ao terceiro postulado, Meirelles enfatiza que o trabalho tanto pode estar baseado em recursos humanos (mais ou menos qualificados) como em máquinas e equipamentos, porque a forma de trabalho não é o que caracteriza uma atividade de serviço e sim o próprio processo de realização de trabalho (MEIRELLES, 2006, p. 131). *In casu*, o bem locado é apenas um instrumento para o mister do locador, qual seja proporcionar ao locatário o uso e gozo da coisa.

Já dito antes, a atividade de que trata o art. 3º § 2º do CDC deve ter certa regularidade: pratica-se o ato com a pretensão de repeti-lo, isto é, de manter a prática de tal atividade. Também na locação, mister se faz não distinguir peremptoriamente habitualidade de eventualidade e nem tratar por sinônimos habitualidade e ininterruptão: o locador pode locar seu bem apenas em determinada época do ano, tal qual se dá com as locações de imóveis no litoral em temporada de verão (dezembro a fevereiro); se regularmente o locador aluga seu imóvel em toda temporada de verão, concretiza-se aí o hábito de locar, ainda que nos demais meses do ano o imóvel não seja locado.

Assim, para efeito de relação de consumo um serviço pode ser prestado não só ininterruptamente, mas ser interrompido e retomado: se neste último caso o for regularmente, configura-se a habitualidade enquanto requisito.

Portanto, o lapso temporal não é requisito para configurar a destinação final. Pouco importa que o serviço seja prestado em horas, dias, semanas, e muito menos que o consumidor fique satisfeito para sempre: enquanto o serviço prestar-se ao consumidor de forma a satisfazer suas necessidades, e por este aproveitado sem que tal aproveitamento seja repassado a terceiros de forma lucrativa ou remunerada, aí se caracteriza a relação de consumo. Desta forma, ainda que

eventual ou sazonal – isto é, mesmo que exercida apenas em determinada época do ano (datas especiais, dias ou meses) -, se se verificar certa regularidade na locação restará identificada a habitualidade caracterizadora do fornecimento para fins de relação de consumo.

É que a satisfação relaciona-se diretamente com a natureza do serviço: há serviços que por natureza propiciam uma satisfação perene, como no caso de alguns tratamentos médicos; ou a satisfação pode ser naturalmente temporária, como no caso de refeições em restaurantes. Por isso, a destinação final no caso do serviço é diretamente proporcional à satisfação: desde que o consumidor se satisfaça com o fornecimento do produto ou serviço e sem que em princípio repasse a terceiros tal satisfação obtida, enquadra-se na dicção do art. 2º do CDC independentemente da duração do serviço ou da satisfação. Bem assim, se durante a satisfação e a destinação final do consumidor o indivíduo forneceu o produto ou serviço de forma habitual, com caráter profissional e mediante contraprestação, cumpriu com sua obrigação nos moldes do art. 3º e §§ do CDC.

Meirelles bem obtempera que

Por ser um processo de trabalho, a prestação de serviço tende a acontecer *pari passu* ao consumo, ou seja, a produção é simultânea ao consumo. A produção só acontece a partir do momento em que o serviço é demandado e se encerra assim que a demanda é atendida. Esta simultaneidade entre o ato de produzir e consumir torna, por sua vez, o serviço inestocável, pois o seu fornecimento se dá de forma contínua no tempo e no espaço e ele se extingue tão logo se encerra o processo de trabalho. (MEIRELLES, 2006, p. 133)

#### 5.4. Do locador enquanto fornecedor

O fornecedor é descrito pelo *caput* do art. 3º do CDC como

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 2010).

Quanto às pessoas físicas (*rectius*: naturais) e jurídicas, não há necessidade de maiores comentários: se têm personalidade, têm aptidão para adquirir direitos e

obrigações e assim se relacionarem juridicamente com o consumidor. A novidade trazida pelo CDC fica por conta dos entes despersonalizados, forçando um repensar no conceito de relação jurídica.

O Direito pátrio reconheceu como pessoas jurídicas as coletividades previstas nos arts. 40 a 44 do CC, não conferindo personalidade a outras coletividades existentes de fato porém não de direito, isto é, grupos de pessoas ou de bens que se reúnem em torno de um interesse ou situação fática comum, aos quais a doutrina nomeou “entes despersonalizados”: coletividades destituídas de personalidade por se entender que, por figurarem apenas em determinadas e ocasionais situações jurídicas, não necessitariam de aptidão plena para serem titulares de direitos e obrigações – razão pela qual, o sistema jurídico confere-lhes tal faculdade somente em determinados casos. Em face de tal mister, somente em determinadas ocasiões especificadas pela lei os entes despersonalizados participariam de uma relação jurídica.

Isto, aliado ao fato de que comumente as relações jurídicas dão-se entre pessoas, gerou o errôneo entendimento de que sujeito de direito e pessoa são sinônimos. Com efeito, a doutrina clássica entende ser relação jurídica aquela composta por pessoas em seus pólos, visto que tanto aquelas quanto os sujeitos de direito necessitam de aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações: Diniz (2009. p. 518), por exemplo, afirma que para a doutrina tradicional, “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito.

Respeitosamente, discordamos de tal entendimento doutrinário: como se aceitar o fato de que somente pessoas podem participar de uma relação jurídica, se desta o próprio sistema jurídico confere a entes destituídos de personalidade o direito de participarem? Por exemplo, o art. 3º do CDC elenca entre outros o ente despersonalizado enquanto fornecedor, conferindo-se destarte a quem não é pessoa a faculdade de participar de uma relação jurídica na qualidade de sujeito de direito.

O que se deve ponderar, em termos de relação jurídica, é o caráter objetivo que seus participantes possuem: enquanto elementos estruturais daquela, os sujeitos de direito guardam um grau de abstratividade cujo conteúdo se especifica apenas quando concretizado. Ou seja: o sujeito de direito seria uma fórmula genérica, ao passo que a pessoa seria uma das concretizações de tal fórmula; se

outro ente se enquadrar nos requisitos abstratos que perfazem um sujeito de direito, assim ele será.

O erro cometido pelos que defendem a sinonímia entre pessoa e sujeito de direito reside justamente na tentativa se de subjetivizar este. Acerca da subjetivização da relação jurídica, bem esclarece Gomes:

A maior dificuldade para defini-la promana da confusão entre o significado comum do vocábulo e o seu sentido técnico. Resulta, em grande parte, de falsa generalização. Uma vez que as relações jurídicas são predominantemente relações humanas, de pessoa para pessoa, de sujeito para sujeito, supõe-se que todas hão de ser um vínculo pessoal. De fato, a relação social é, por definição, a que se trava entre homens, mas isso não significa que o Direito rege apenas relações sociais, nem que outras sujeições, como a de coisa ao homem possam ter igual qualificação no vocábulo jurídico. Não há coincidência necessária entre relação humana e relação jurídica. (GOMES, 2000, p. 95)

Destarte, o certo é se considerar que a relação jurídica é aquela composta por sujeitos de direito, e não necessariamente por pessoas: será sujeito de direito qualquer um a quem a norma jurídica dotar de aptidão para praticar atos que gerem efeitos jurídicos em determinada relação jurídica. Equivale a dizer que sujeito de direito é o ente detentor de direitos e obrigações conferidos pela norma jurídica, com vistas a se relacionar com outro ente para o fim de atender a necessidades e conveniências próprias e satisfazer as alheias – em face do que, nesse contexto consideram-se também o ente despersonalizado sujeito de direito, posto possuir a aptidão ora mencionada ainda que limitadamente.

Posto de outra forma: os entes despersonalizados diferem das pessoas unicamente porque estas possuem aptidão genérica para direitos, deveres e obrigações, ao passo que aqueles possuem tal aptidão limitada a determinadas relações jurídicas especificadas tanto pela legislação quanto por sua própria natureza. No entanto, guardadas as devidas proporções e limitações, ambos podem participar de uma relação jurídica enquanto detentores de direitos e obrigações.

Coelho bem sintetiza:

Sujeito de direito é o centro de imputação de direitos e obrigações referido em normas jurídicas com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesses que envolvam, direta ou indiretamente, homens e mulheres. Nem todo sujeito de direito é *pessoa* e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos. [...] os sujeitos de direito podem ser pessoas (personificados) ou não (despersonificados). No primeiro caso, ele recebe do direito uma autorização genérica para a prática dos atos e negócios

jurídicos. A pessoa pode fazer tudo o que não está proibido. Já os sujeitos não personificados podem praticar apenas os atos inerentes à sua finalidade (se possuírem uma) ou para os quais estejam especificamente autorizados. (COELHO, 2009, p. 138-139)

Assim, denota-se que o CDC rompe com a personalidade enquanto requisito para participação em relação jurídica, na medida em que possibilita aos entes despersonalizados serem titulares de direitos e obrigações na relação consumerista. Por consequência, vislumbra-se que a personalidade deixa de ser *conditio sine qua non* à caracterização do sujeito de direito numa relação jurídica.

Tal reflexão expõe a clara diferença entre sujeito de direito e pessoa, figuras tratadas erroneamente como sinônimos: quem participa de uma relação jurídica é o sujeito de direito e não necessariamente a pessoa. Esta é sujeito porque possui predicados que lhe permitem participar de toda e qualquer relação jurídica; contudo, se o ente despersonalizado preencher os requisitos necessários à participação numa relação jurídica tais quais os exigidos pelo art. 3º e §§ do CDC, também será sujeito de direito independentemente de ter ou não personalidade.

Destarte, pode-se concluir o seguinte: sujeito de direito é o gênero, do qual pessoa e ente despersonalizado serão espécies se preencherem os requisitos necessários à participação numa relação jurídica. Tocante à relação de consumo, portanto, é irrelevante ao fornecedor ter ou não personalidade: de acordo com o art. 3º do CDC, se se verificar a disponibilização do exercício de atividade profissional com habitualidade e mediante remuneração ao mercado de consumo, identifica-se a conduta que configura o fornecedor abrangido pelo Diploma Consumerista.

Quanto à atividade, esta pode ser entendida como “meio de vida; ocupação, profissão, indústria” (FERREIRA, 1999, p. 224); portanto, se a atividade é exercida enquanto meio de vida ou como profissão ou indústria, pode ser considerada serviço. Entretanto, frise-se que é a atividade que deve ser profissional e não necessariamente quem a exerce deva sê-lo: o exercente não precisa fazer dela o seu principal ofício ou a única fonte de obtenção de recursos, bastando que a atividade seja exercida em nível profissional de forma a ser oferecida indistintamente e mediante remuneração ou lucro. Exemplo disso é o de estudantes que, para ter um auxílio no custeio de seus estudos, vendem produtos de beleza para seus colegas: tal situação, embora o estudante não faça de tal atividade o seu

ofício principal e duradouro – no linguajar cotidiano, “faz um bico” -, qualifica-o como fornecedor em razão da atividade ter conotação profissional.

No caso da locação, também o locador não precisa fazer da locação sua fonte exclusiva ou principal de obtenção de recursos. Por exemplo, um empresário do ramo de alimentos pode ter uma casa de praia para curtir suas férias; se resolver alugá-la habitualmente, e para isso publica anúncios em jornal ou contrata uma imobiliária para gerir a locação, identificam-se aí atos e estrutura profissionalizantes da atividade, preenchendo assim o primeiro requisito para a configuração do locador enquanto fornecedor.

Obtempera Marques:

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o § 2º do art. 3º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. Segundo a doutrina brasileira, fornecer significa “prover, abastecer, guarnecer, dar, ministrar, facilitar, proporcionar” (assim ensina Cavalli, p. 185 do original), uma atividade, portanto, independente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos. (MARQUES, 2004, p. 93)

Por decorrência, ao ser oferecida ao mercado de consumo a atividade deve sê-la com habitualidade: o fornecimento deve ser reiterado, com certa regularidade. Contudo, costuma-se erroneamente distinguir regularidade de eventualidade, e ato contínuo associar-se eventualidade a esporadicidade e ocasionalidade: uma atividade pode ser eventual e também regular.

A atividade esporádica ou ocasional é realizada sem o intuito de tornar-se um hábito: pratica-se o ato sem a pretensão de repeti-lo. Já na eventualidade, não há a ininterruptividade da atividade porém pode haver certa regularidade: uma dona de casa poderá trabalhar somente na Páscoa, quando então fabrica ovos de chocolate para a venda; se tal atividade for exercida em toda Páscoa no decorrer dos anos, será eventual por se dar somente em determinada época do ano mas terá certa regularidade, caracterizando-se portanto a habitualidade configuradora do fornecimento consumerista.

Assim, ainda que eventual ou sazonal isto é, mesmo que exercido apenas em determinada época do ano (datas especiais, dias ou meses) -, se se verificar certa regularidade na atividade aí restará identificada a habitualidade caracterizadora do

fornecimento como por exemplo, se o locador aluga sua casa de praia em toda temporada de verão ou se aluga um bem regularmente em determinada época do ano, enquadra-se na habitualidade prevista pelo CDC e assim supre o segundo requisito para a configuração enquanto fornecedor.

Por fim, a atividade deve ser exercida mediante remuneração: o fornecedor oferta produto ou serviço ao consumidor, e em razão disso obtém vantagem equivalente ou proporcional consistente num lucro direto, qual seja a captação de capital em volume superior ao investido; ou num lucro indireto, o qual se perfaz na obtenção de uma vantagem qualquer que não dinheiro mas que auxilia substancialmente na obtenção deste.

De acordo com Nunes, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado, mas sim a qualquer tipo de cobrança ou repasse direto o pagamento por uma mercadoria comprada, por exemplo - ou indireto como por exemplo, o estacionamento “gratuito” de um *shopping* cujos custos não são cobrados diretamente ao consumidor, mas o são de forma embutida no preço das mercadorias adquiridas em tal estabelecimento (NUNES, 2006, p. 98).

Bem assim, não se deve restringir aqui o conceito de remuneração ao mero pagamento de quantia: conforme já dito, deve-se levar em conta uma concepção ampla, onde a remuneração consubstancia-se em toda e qualquer forma de contraprestação ou retribuição equivalente ou proporcional, direta ou indiretamente ao serviço prestado.

Diz-se “indiretamente”, porque há comportamentos desenvolvidos pelo fornecedor que num primeiro momento não caracterizam a exigência de contraprestação ou remuneração, mas esta se revela no decorrer da relação com o consumidor. Nesse sentido, Marques explica a respeito:

A expressão “remuneração” permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo. [...] Note-se que mesmo serviços gratuitos ligados ao *marketing* são regulados pelo CDC (a exemplo do art. 39, que regula as amostras grátis, do art. 37, a publicidade), assim como os serviços ligados à manutenção das concessões (como é o caso dos transportes gratuitos) e ao próprio comércio (como é o caso dos bancos de dados, regulados pelo art. 43 e ss. do CDC). Estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu *marketing* e de seu preço total, pois são remunerados indiretamente na manutenção do negócio principal e das concessões da linha, na fidelidade dos consumidores daí oriunda (exemplo: cartões de milhas etc.), nos efeitos

positivos do *marketing* usado, enfim, no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor. (MARQUES, 2004, p. 94-95)

Exemplo claro de vantagem indireta é o estacionamento gratuito oferecido por supermercados: estes não lucram diretamente com o estacionamento, pois não cobram entrada; entretanto, lucram indiretamente na medida em que o estacionamento funciona como chamariz para as compras ou através da inserção dos gastos com o estacionamento no preço das mercadorias.

Raríssimas são as ocasiões em que o fornecedor fornece algo ao consumidor a título genuinamente gratuito: quase tudo tem um custo, e este acaba direta ou indiretamente sendo repassado ao consumidor. Assim, se por exemplo um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos (NUNES, 2006, p. 97).

No caso da locação, o art. 565 do CC preceitua taxativamente a remuneração enquanto condição *sine qua non* à caracterização da locação<sup>13</sup>: na inexistência daquela tratar-se-á de comodato ou figura afim, porém não locação. Nesse sentido é o escólio de Fiúza, ao mencionar que no contrato de locação “o aluguel é essencial para sua existência, sem o qual se desfiguraria para contrato de empréstimo gratuito” (FIÚZA, 2006, p. 522), e de Venosa, ao afirmar que “o preço, aluguel ou aluguer é essencial neste contrato” (VENOSA, 2006b, p. 129).

Provado que a locação enquadra-se no contexto do serviço preceituado pelo art. 3 § 2º do CDC, completa-se a configuração do locador enquanto fornecedor e por consequência da locação enquanto relação de consumo. Tal entendimento já fora esposado pelo extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbis*:

AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUEL. RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL NO CURSO DO PROCESSO. ENTREGA DAS CHAVES. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À ESPÉCIE. MULTA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. - É plenamente possível a cumulação de pedidos quanto ao despejo por falta de pagamento e a cobrança de aluguéis e encargos, nos termos do art. 62, I, da Lei 8.245/91. - **Aplicável o Código de Defesa do Consumidor, em especial seu art. 52, § 1º, aos contratos de locação, por caracterizar a relação locatícia relação de consumo**, podendo a multa ser reduzida atendendo as finalidades sociais e a conjuntura econômica nacional. (MINAS GERAIS, TA, Ap. Cível nº 2.0000.00.352000-9/000, Rel. Juiz Domingos Coelho, 2001; grifo nosso)

<sup>13</sup> Art. 565 do CC: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição” (BRASIL, 2010).

LOCAÇÃO - AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS - MULTA MORATÓRIA - INCLUSÃO DOS LOCATIVOS VINCENDOS NA CONDENAÇÃO. - **O contrato de locação mete-se a rol de relação de consumo**, pelo que a pactuação da multa moratória não pode exceder ao teto de 2% do valor da prestação (CDC, 52, § 1º). - As prestações resultantes do contrato de locação são de trato sucessivo e, nessa conformidade, os aluguéis vincendos devem ser incluídos na sentença condenatória, enquanto perdurar a ocupação do imóvel. (MINAS GERAIS, TA, Ap. Cível nº 2.0000.00.367507-6/000, Re l. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, 2002; grifo nosso)

AÇÃO DE COBRANÇA - LOCAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - CONTRATO PRORROGADO POR PRAZO INDETERMINADO - OBRIGAÇÃO DOS FIADORES ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL EM CONTRÁRIO - MULTA DE 10% - INVALIDADE - APLICABILIDADE DO CODECON ÀS LOCAÇÕES. - O indeferimento de oitiva de testemunha impedida ou suspeita não configura cerceamento de defesa. - Os fiadores se obrigam, salvo disposição contratual em contrário, até a data da efetiva entrega das chaves, nos termos do art. 39 da Lei do Inquilinato. - **Por se tratar de relação de consumo, é de se reduzir a multa imposta em contrato de locação de imóvel para 2%, nos termos do art. 52, § 1, da Lei 8.078/90.** (MINAS GERAIS, TA, Ap. Cível nº 2.0000.00.367528-5/000, Rel. Juiz Dídimo Inocêncio de Paula, 2002; grifo nosso)

CONTRATO DE LOCAÇÃO QUE PREVÊ ISENÇÃO DE MULTA RESCISÓRIA A PARTIR DE DATA PRÉ-DETERMINADA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. CLÁUSULA CONSIDERADA ABUSIVA. RECIBO DE ENTREGA DAS CHAVES DANDO QUITAÇÃO TOTAL À AVENÇA. SENTENÇA MANTIDA. 1- **Mesmo em se tratando de locação, há relação de consumo no caso presente, na medida em que a atividade da apelante é fornecer serviços de locação, consubstanciando o autor na figura do destinatário final.** 2- Diante disto, a cláusula contratual que determina isenção de multa rescisória com data pré-determinada é considerada abusiva, ainda mais quando a ré, ao receber as chaves do imóvel, fornece recibo considerando encerrado o contrato e dando plena quitação, inexistindo qualquer ressalta, pelo que, conclui-se que a rescisão da avença foi mútua. (MINAS GERAIS, TJ, Ap. Cível nº 1.0701.04.079405-2/001, Rel. Des. Francisc o Kupidlowski, 2007; grifo nosso)

## 5.5. Da relevância da locação de coisas enquanto relação de consumo

Restou provada a perfeita situação da locação de coisas enquanto relação de consumo. Entretanto, qual a relevância de tal adequação, tendo-se em vista que o CC/2002 absorveu a maior parte da principiologia contratual consumerista?

Em uma análise perfunctória, destacam-se dois motivos para se considerar importante o enquadramento da locação de coisas no contexto das relações de consumo: imputação de responsabilidade objetiva ao locador e inversão do ônus da prova em favor do locatário.

### **5.5.1. Da responsabilidade objetiva do locador enquanto fornecedor**

Herança do direito romano, a palavra “responsabilidade” tem sua origem no vocábulo latino *respondere*, que designava uma obrigação assumida pelo agente em razão das consequências dos atos por ele praticados – ou seja, o indivíduo comprometia-se a responder pelos efeitos do que praticasse. Mencionada obrigação originava-se da expressão *spondeo*, solenidade prevista na *stipulatio* romana, esta uma espécie de contrato verbal: ao ouvir do proponente a fórmula “*dare mihi spondes?*” e em seguida responder “*spondeo*”, o aceitante responsabilizava-se pela obrigação assumida.

Portanto, o termo *responsabilidade* e seus correlatos denotam uma obrigação de (coisa ou animal), ou seja, a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico, que se tenha convencionado, ou a obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal (SILVA, 1998, p. 713). A par de tal definição, lícito é afirmar-se que a consequência lógico-normativa da prática de um ato ilícito é a aplicação de medidas que obriguem o agente à reparação do dano imposto à vítima, de forma a restabelecer o *statu quo ante* ou, na impossibilidade disto, compensando-a pelo infortúnio ocasionado pela ocorrência do fato.

Nesse sentido é o princípio geral de direito segundo o qual a ninguém se deve lesar, derivado do princípio romano *neminem laedere*. E é nessa linha de raciocínio que o CC, em seu art. 186, preconiza que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ressaltam-se então os pressupostos da responsabilidade civil:

- a) *ação ou omissão*: o dano, para ser reparável, deve ter sido provocado por uma conduta humana, vale dizer, a ocorrência de um ato humano, praticado pelo próprio agente ou por terceiro sob seus cuidados, ou ainda, por animal ou coisa inanimada sob sua guarda;
- b) *dano*: para se apurar responsabilidade, há que se observar a extensão e concretude do prejuízo ao ofendido, aí compreendido tanto o dano material quanto o moral, ou extrapatrimonial, conforme preferir a doutrina moderna;
- c) *nexo de causalidade*: para que o agente seja responsabilizado pelo dano, sua conduta deve ser a causa ou motivo da produção do prejuízo; por consequência, se o dano se deu por fatos alheios à conduta do agente (caso fortuito e força maior), não pode o mesmo ser responsabilizado.

Sem a pretensão de aprofundar-se no estudo sobre a responsabilidade civil, limitar-se-á a discussão à análise da atribuição objetiva ou subjetiva de responsabilidade ao agente.

A conduta humana ensejadora de responsabilidade deriva de um ato, assim entendida a *ação* quando o *fazer* ou *agir* atenta a dispositivo legal, ou *omissão* onde o *não fazer* ou *omitir* fere à norma reguladora: se o agente faz quando não deveria fazer, ou não faz quando o deveria, aí se configura o dano. No entanto, o ato de *per si* não é suficiente para a responsabilidade: deve o mesmo estar amparado por sustentáculo jurídico, de modo a fundamentar a obrigação de indenizar – de onde se faz mister atentar à inobservância de um dever de cuidado (culpa) ou voluntariedade do ato danoso (dolo). Vale dizer: pode ser respectivamente culposa, se o agente não observa cuidados indispensáveis, causando com isso dano a bem jurídico alheio; ou dolosa, quando o resultado danoso foi propositadamente desejado pelo autor.

Assim, chega-se à responsabilidade subjetiva, também conhecida por responsabilidade civil *stricto sensu*, resultante de ação ou omissão culposa do agente: não basta, para que surja a obrigação de indenizar, o dano e o nexo causal; é necessária também – e se pode dizer condição *sine qua non* para se jungir o agente à obrigação de indenizar - a comprovação de que o ofensor tenha agido com dolo ou culpa. É a regra adotada pelo CC, em seus arts. 186 e 927, *caput*.

Já a responsabilidade objetiva independe da culpa; à vítima, cumpre apenas provar o dano e o vínculo causal entre a atividade do agente e a ofensa irrogada. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação do evento e sua autoria, e se dele emanou o prejuízo: desde que o ofendido prove que a conduta do ofensor resultou no dano sofrido, aí se evidencia o dever de indenizar.

O direito nacional filiou-se, como regra geral, à teoria da responsabilidade subjetiva, como se depreende do disposto nos mencionados artigos 186 e 927, *caput*, do CC. Inobstante, acolheu por exceção a responsabilidade objetiva, como se depreende do art. 927, parágrafo único, se a atividade normalmente gerar ou implicar risco como no contrato de depósito, em que o depositário responde pelos danos causados à coisa objeto do depósito se não provar que a coisa pereceu por caso fortuito ou força maior.<sup>14</sup>

Essa inversão de ônus da prova justifica-se pela Teoria do Risco, segundo a qual, a pessoa obtém vantagens e benefícios em razão da atividade arriscada. Ou seja: se o agente cria um risco no exercício de uma atividade e com isso se beneficia, deve responder pelo prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona uma vantagem – daí a contrapartida normativa em incumbir ao beneficiado a prova de existência de excludente de responsabilidade.

A Teoria do Risco surgiu com o fulcro de proteger os trabalhadores dos prejuízos causados pela Revolução Industrial. Tal proteção consubstanciava-se em auferir ao empregador a responsabilidade pelos danos sofridos pelos empregados, vez que, em caso de lucro com o trabalho, quem o auferia era justamente o industrial; portanto, nada mais lógico que, caso o trabalho gerasse prejuízo, este deveria ser arcado justamente por quem normalmente auferisse o lucro – o empregador.

Gomes bem alude a respeito:

A insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade apresentou-se mais ostensivamente com a frequência dos acidentes de trabalho em consequência da introdução de processos mecânicos na técnica de produção. O operário ficava desamparado diante da impossibilidade de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse

---

<sup>14</sup> Conforme o art. 642 do CC, “o depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”.

desamparo representava despertou a atenção de juristas, provocando o reexame do problema da responsabilidade civil. (GOMES, 2001, p. 279)

Mas, o que se deve entender por risco?

Inicialmente, mister se faz ressaltar que tudo adquire significado dentro de certo contexto. Hipoteticamente, se alguém introduz um instrumento cortante em outrem, isso em princípio seria um ato ilícito; mas, se esse alguém for um médico manuseando um bisturi numa cirurgia, a situação muda totalmente de enquadramento.

Inobstante, a inicial omissão legislativa acerca de maiores parâmetros para disciplinar a extensão e os contornos do conceito de risco, bem como a inércia em não indicar mecanismos ou fontes que fornecessem tal informação, abriu margem a grande carga de subjetividade no enquadramento de tal idéia: o que pode ser arriscado a um, podê-lo-á não ser a outrem. Destarte, admitir que toda e qualquer atividade envolva risco possibilitaria a excessiva e indevida abrangência da responsabilidade objetiva, proporcionando injustas ou excessivas imposições objetivas do dever de indenizar.

Em outras palavras: tornou-se necessária a delimitação do conceito de *risco* para a adequada abordagem jurídica; do contrário, tormentosa seria a tarefa de se enxergar a que categoria de pessoas estaria o legislador se referindo como executora de atividade de risco. Exemplos: ao dirigir seu automóvel, o indivíduo comum estaria exercendo atividade de risco? Havendo um acidente de veículo e conseqüentes danos, dever-se-ia responsabilizar o motorista à respectiva reparação, independentemente de comprovação da sua culpa? O vendedor de uma loja, ao exercer seu ofício, não estaria se arriscando a ser roubado? O exercício do magistério não expõe o professor ao risco de ter problemas na voz?

Nesse mister, para efeitos de responsabilidade objetiva, das modalidades existentes na doutrina convencionou-se interpretar o parágrafo único do art. 927 do CC à luz da teoria do *risco-proveito*, a qual associa a idéia de risco à probabilidade de dano inerente à atividade: se o agente lucra com a exposição de outrem a possíveis e previsíveis prejuízos e conseqüentemente, ao risco de dano -, a contrapartida lógica é esse mesmo agente arcar com os ônus da indenização, caso se concretize o risco previsível e assim se verifique o efetivo prejuízo, situação que

de *per si* basta para fundamento da indenização, sendo portanto dispensável a comprovação da culpa *lato sensu* para fundamento do dever de indenizar.

Infira-se que o risco em questão deve guardar uma relação de previsibilidade em relação à atividade: a potencialidade de prejuízo a outrem deve ser razoavelmente esperada ao se exercer determinado meio de vida, ofício ou profissão. Mais ainda, porque a habitualidade da prática de determinada atividade gera o dever do agente em envidar esforços para evitar o dano, através da supressão do risco, principalmente se a prática de tal atividade gerar-lhe algum tipo de lucro.

Rizzardo bem alude a respeito:

As atividades comuns não oferecem risco. Nada se vê de perigoso no mero exercício do trabalho, exceto nos casos em que os instrumentos são perigosos ou contêm insitamente elementos suscetíveis de atingir a saúde. Ver inerente em tudo uma potencialidade de dano é banalizar a própria existência humana, já que algum grau de perigo, um certo risco, uma viabilidade de acarretar um dano estão presentes em qualquer setor, mesmo quando um indivíduo se encontra numa situação de completa segurança, e, assim em sua casa, ou passeando ou se divertindo, ou simplesmente encontrando-se parado, pois emerge a possibilidade de ser atingido por um veículo, ou de sofrer um assalto, ou de desprender-se um condutor de energia elétrica, ou de, numa tempestade, sobre ele precipitar-se um raio. (RIZZARDO, 2005, p. 118-119)

Denota-se assim que uma atividade cotidiana não é em regra arriscada; na pior das hipóteses, traz consigo o mesmo risco de uma situação corriqueira do dia-a-dia. O que caracteriza o risco aludido pelo CC é aquele que extrapola a normalidade, de forma a ser iminente ou muito provavelmente sua concretização em dano a outrem, como por exemplo o trabalho em câmaras frias de frigoríficos, as atividades em laboratórios químicos ou nucleares, o transporte de cargas tóxicas (lixo hospitalar, etc.), entre outros.

Pelos motivos apresentados, resta assente na doutrina e jurisprudência a responsabilidade subjetiva do locador: entende-se que a locação não é atividade que envolva risco excepcional por não apresentar perigo potencial pelo simples uso do bem locado. É dizer: ninguém se expõe a perigo iminente por morar numa casa alugada, pois não há em princípio um risco à integridade psicofísica do morador. De mais a mais, há o entendimento dominante segundo o qual o art. 566 do CC não especifica expressamente de que forma o locador deve proceder para responder pelos danos que causar ao locatário em face do que, se a lei é silente quanto ao tipo

de responsabilidade do locador, vigora a regra geral, ou seja, a responsabilidade subjetiva.

Contudo, tal entendimento não pode prosperar. Inicialmente, não há nenhuma lacuna no art. 566 do CC: este origina o pressuposto de que o locatário recebe o bem alugado em perfeitas condições de uso à finalidade da locação, pois assim o locador é obrigado a entregar (inciso I). Outrossim, mencionado artigo gera a presunção de que no decorrer do contrato o locatário terá plenas condições de usar a coisa sem nenhuma perturbação ou obstáculo, posto a garantia de uso pacífico outra obrigação do locador (inciso II).

Em outras palavras: quando o locatário pactua com o locador, espera deste o cumprimento dos deveres dispostos no art. 566 do CC no início e no decorrer do contrato. Se o locatário vem a sofrer dano em razão de defeito no bem ou prestação objetos da locação, a conclusão lógica é a de que o locador não cumpriu com seu dever legalmente expresso, não importando se por culpa ou dolo: se uma telha cai na cabeça do morador ou de terceiro, a presunção óbvia é a de que o locador não agiu de forma a entregar ao locatário o imóvel em condições apropriadas de conservação.

Ainda, é por demais dispendioso e trabalhoso para o locatário provar culpa ou dolo do locador: não raras vezes, torna-se necessária a elaboração de expensiva perícia para averiguação de defeitos no bem. Ainda, quando o locatário vê-se na contingência de ter que provar que a turbação ou esbulho da posse do bem alugado deu-se por omissão do locador, isso redundaria na necessidade de provar-se que o locador não garantiu o uso pacífico da coisa e se consubstanciaria assim numa prova negativa impossível ou extremamente difícil de ser produzida, apropriadamente chamada de “prova diabólica” conforme asseveram os tribunais:

**APELAÇÃO - DANO MORAL - DOCUMENTOS EXTRAVIADOS - ÔNUS DA PROVA - BOA-FÉ OBJETIVA - QUANTUM - PROPORCIONALIDADE.** O ônus de provar a celebração do negócio jurídico é do réu, já que é impossível ao requerente provar que não contratou. **A referida prova é tida pela doutrina como prova diabólica, já que trata de uma prova negativa no qual é impossível a sua produção.** O réu não provou que o negócio jurídico foi celebrado pelo autor. Pela função integrativa do princípio da boa-fé objetiva, os comerciantes, em respeito ao dever anexo de proteção têm o dever de verificar quem está contratando. Se o réu não cumpriu o referido dever deve arcar reparação por danos morais. Ademais, o autor provou que seus documentos foram extraviados. A negligência em não verificar quem está contratando ocasionou a inclusão indevida do nome do autor em listas de restrição de crédito, já que este não celebrou o contrato. Como a

inclusão foi indevida, deve ser reparado o dano moral. O valor da indenização deve ser arbitrado com proporcionalidade, tendo em vista a extensão do dano e as condições econômicas do violador do dever de cuidado. (MINAS GERAIS, TJMG, Ap. Civil n. 1.0024.08.278273-1/002, Rel. Des. Tibúrcio Marques, 2010; grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO - DUPLICATAS - AUSÊNCIA DE PROVA DO LASTRO - IMPOSSIBILIDADE DE PROVA NEGATIVA - PROTESTO INDEVIDO - DANO PRESUMIDO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS ENDOSSATÁRIAS - RECURSO IMPROVIDO. Não demonstrada a existência do negócio jurídico subjacente, inexigíveis se mostram as duplicatas e indevido é o seu protesto. A causa de emissão dos títulos não foi comprovada, os quais não foram emitidos de maneira regular, pelo que o protesto foi efetuado indevidamente. **Não é razoável determinar que a autora faça prova de que não existia causa subjacente, pois se trata de prova de fato negativo, cuja impossibilidade de realização faz com que seja comumente chamada de "prova diabólica".** A jurisprudência é robusta no sentido de que, em se tratando de protesto indevido, o dano moral é presumido, já que é meio vexatório de cobrança e, servindo de parâmetro para a idoneidade no meio comercial, abala a credibilidade frente a fornecedores e clientes. No que toca à responsabilidade dos endossatários, mesmo que tenham recebido os títulos através de endosso, devem responder, solidariamente com o endossante, pelos danos causados em virtude do protesto indevido, sendo irrelevantes as alegações de ocorrência de prejuízo. (MINAS GERAIS, TJMG, Ap. Cível n. 1.0145.05.276046-2/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, 2010; grifo nosso)

Portanto, dada a extrema dificuldade ou impossibilidade do locatário em produzir prova negativa em relação ao locador, caberia a este comprovar o cumprimento da obrigação para si prevista pelo CC.

Vê-se então o patente e injusto desequilíbrio na relação *ex locatio*: de um lado o locador, detentor do bem objeto da locação e beneficiário da responsabilidade subjetiva que lhe confere o CC; de outro lado o locatário, parte comumente mais fraca na relação locatícia e, mesmo desprovido de meios hábeis a provar a omissão do locador e o prejuízo daí decorrente, é obrigado a provar tal mister. Nessa linha de raciocínio, uma vez configurada a locação enquanto relação de consumo restabelece-se aí o equilíbrio contratual no tocante à atribuição de responsabilidade, pelo fato de o art. 14 do CDC atribuir a responsabilidade objetiva ao locado enquanto fornecedor.

Por consequência, evita-se uma injusta minoração da responsabilidade do locador, posto o inciso I do art. 51 do CDC ser taxativo ao vedar cláusula contratual que impossibilite, atenuar ou exonere a responsabilidade do fornecedor, como por exemplo a exoneração de responsabilidade decorrente de defeitos em benfeitorias

necessárias feitas pelo locador, ou por defeitos de conservação no bem ou na prestação que ocasionem dano a terceiros.

Mais não bastasse, o terceiro prejudicado pelo bem alugado ou pela omissão do locador no mister de garantir o uso pacífico da coisa também poderá se valer do CDC, vez que para tal finalidade é equiparado a consumidor (art. 17 do CDC) e assim poderá se beneficiar da atribuição de responsabilidade objetiva ao locador enquanto fornecedor.

Em síntese: a responsabilidade do locador é objetiva porque, sendo relação de consumo, o CDC é claro no art. 14 em atribuir a objetividade da responsabilidade ao fornecedor de serviços – e nisso coaduna o parágrafo único do art. 927 do CC, ao preconizar que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei” (BRASIL, 2002). Outrossim, a responsabilidade objetiva reequilibra o contrato de locação: retira do locatário, a parte mais fraca da relação locatícia e portando destituída de meios hábeis a produzir prova negativa conforme já aludido, o ônus de provar a omissão do locador; e atribui a este, parte mais forte e detentora de maiores meios e recursos de defesa, o ônus da prova do cumprimento dos deveres previstos pelo art. 566 do CC.

### **5.5.2. Da inversão do ônus da prova em favor do locatário**

Não raras vezes, o magistrado vê-se às voltas com duas situações peculiares: uma, em que nenhuma das partes litigantes produz prova cabal ou robusta dos respectivos direitos que pleiteiam; outra, em que ambas as partes trazem aos autos um contexto probatório convincente de suas versões. Vez que no Brasil é proibido o *non liquet* – ou seja, uma vez satisfeitos os requisitos formais da ação, o juiz é obrigado a decidir acerca do mérito da questão, como poderá proceder o magistrado se houver dúvida numa causa que envolva relação de consumo?

*In casu*, o CDC aponta em seu art. 6º, inciso VIII, a inversão do ônus da prova, consubstanciada na permissão ao julgador transferir do consumidor ao fornecedor o *onus probandi* sobre o direito em que se cerca a lide ou, no caso, a ausência deste -, desde que a alegação trazida aos autos pelo consumidor seja verossimilhante ou se se tratar o consumidor de hipossuficiente.

Frise-se que tal regra não é absoluta, pelo que doutrina e jurisprudência majoritárias entendem ser a inversão do ônus da prova uma regra de juízo e não de procedimento: o magistrado não é obrigado a inverter sempre que se tratar de uma relação de consumo, e muito menos o fará na fase saneadora do processo; ao contrário, somente se houver dúvida quanto a ambas as alegações de autor e réu, e se o conjunto probatório trazido pelo consumidor contiver um mínimo de lógica e fundamento é que o juiz estará autorizado a inverter o *onus probandi* em desfavor do fornecedor e isso, na fase decisória. Ou seja: o juiz, ao invés de dever, pode ou não aplicar a inversão do ônus da prova, pois, de acordo com o art. 6º, inciso VIII do CDC, a análise da verossimilhança das alegações do consumidor ou a hipossuficiência deste fica a inteiro critério do julgador.

Infira-se que, sinteticamente, verossimilhança é a aparência de verdade, a alegação plausível, coadunando-se genericamente com o direito pleiteado e pretensamente amparado por lei e a ameaça de perigo se não concedida a tutela jurisdicional – isto é, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Desta forma, havendo um mínimo de lógica e razoabilidade nas alegações e fundamentos probatórios apresentados pelo consumidor, aí pode o julgador entender ser verossimilhante a respectiva versão.

A seu turno, a hipossuficiência aqui verificada é a *stricto sensu*, isto é, a extrema redução de capacidade do consumidor sob vários aspectos (econômico, social, informativo, educacional, entre outros), que o torna mais fragilizado que um consumidor comum e assim mais fraco que este em relação ao fornecedor na relação jurídica. Nessa hipótese, ainda que o consumidor não suscite verossimilhança em suas alegações e fundamentos, poderá o juiz inverter o ônus da prova se configurado o consumidor hipossuficiente de acordo com as regras de experiência do julgador – ou ainda, analogamente ao art. 76, inciso IV, alínea “b” do CDC, que traz exemplos de consumidor hipossuficiente tais como o operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não.

Nesse mister, o reconhecimento da locação enquanto relação de consumo possibilita ao juiz decidir em favor do locatário-consumidor em caso de indecisão acerca do conjunto probatório, mediante inversão do ônus da prova: dito antes, comumente é por demais difícil quando não impossível ao locatário a prova de omissão do locador quanto às obrigações previstas no art. 566 do CC e correlatas: é

totalmente. Assim, ainda que numa situação improvável e excepcional de responsabilidade subjetiva do locador numa relação de consumo, se se verificasse verossimilhança nas alegações do locatário ou se se tratasse este de consumidor hipossuficiente um idoso que aluga uma casa para moradia ou um aparelho respiratório, por exemplo, poderia o julgador inverter o ônus da prova como medida de equilíbrio na relação consumerista, o que é impraticável não sendo a locação enquadrada no rol das relações de consumo.

## 6. CONCLUSÃO

Demonstrou-se que periodicamente o sistema normativo precisa de mudanças em sua estrutura, conceitos e princípios para se adaptar à evolução constante da sociedade. Não sem motivo, o microsistema das relações de consumo é um reflexo desse esforço adaptativo, onde se procurou abranger novos conceitos, princípios e regras ao negócio jurídico celebrado entre consumidor e fornecedor ao qual as normas e princípios do CC tornaram-se insuficientes.

Conseqüentemente, restou explicada a prevalência do CDC nas relações de consumo em razão do expresso comando constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXII: dado que a CF ordena a submissão de toda e qualquer relação de consumo à respectiva lei que defende o consumidor, toda a legislação infraconstitucional adquire caráter subsidiário frente ao Código Consumerista nesse mister, dado ser o CDC a lei a que alude o mencionado art. 5º, inciso XXXII da CF, conforme se depreende do art. 48 do ADCT.

Não se quis dizer com isso que o CDC é a única fonte normativa a ser aplicada às relações de consumo: conforme restou demonstrado, e isso é expressamente imposto pelo art. 7º do CDC, tratados ou convenções dos quais o Brasil seja signatário, legislação ordinária, regulamentos administrativos, enfim, toda norma jurídica material que traga maior benefício ao consumidor que o Diploma Consumerista terá preferência sobre esse. Exemplo disso é o art. 50, o qual assevera ser a garantia contratual complementar à legal: se a primeira é superior à segunda, prevalece aquela por ser mais benéfica, ainda que somente prevista no contrato entabulado entre fornecedor e consumidor. Ou ainda, o mencionado art. 734 do Código Civil, o qual faculta ao consumidor a presunção de veracidade, dentro de parâmetros razoáveis, da declaração de valor de sua bagagem extraviada.

Corolário de tal ideia é o entendimento de que a Lei do Inquilinato, mesmo sendo específica à locação de bens imóveis urbanos, não pode prevalecer sobre o CDC: antes do princípio da Especialidade, deve-se obedecer ao princípio da hierarquia das normas. Destarte, sendo o CDC prolongamento de um princípio constitucional, e havendo previsão igualmente constitucional de que toda e qualquer relação de consumo será regida pelo Código Consumerista, considerando-se a

locação como relação de consumo a LI somente poderá ser aplicada se não contrariar ao CDC.

Outrossim, do estudo exposto restou provada a locação de coisas enquanto relação de consumo: de um lado o locatário configurado como consumidor, cuja característica marcante enquanto tal é se valer não de um bem em si considerado, mas de um conjunto de benesses oferecidas pelo locador das quais o bem é instrumento, e bem assim para uso próprio ou de sua família, ou ainda se utilizar para fim diverso de seu ofício ou objetivo social se se tratar respectivamente de empresário ou pessoa jurídica.

A seu turno, configurou-se o locador enquanto fornecedor ao fazer do ato de locar um hábito com vistas à obtenção de lucro. É dizer: se o locador faz da locação uma atividade habitual e mediante remuneração, enquadra-se no contexto do art. 3º do CDC. Mais ainda, configura-se como fornecedor de serviço, a teor do art. 3º § 2º do referido compêndio normativo.

Nesse mister, demonstrou-se que o serviço aludido pelo CDC não é sinônimo de prestação de serviço nos moldes civilistas: aquele é o gênero do qual este é a espécie. Ainda, conforme o próprio CDC assevera em seu art. 3º § 2º, o serviço que caracteriza o fornecedor é uma atividade habitual e remunerada, não se prendendo somente à ideia de obrigação de fazer.

Com efeito, de acordo com a Teoria da Atividade restou clara a noção de atividade enquanto um conjunto de atos tendentes à obtenção de certo objetivo. Assim é com a obrigação do locador, a qual se desdobra em prestações de dar e fazer em igual importância à consecução do objetivo, conforme se observa exemplificativamente nos deveres que o locador tem de entregar ao locatário o bem em estado de uso a que se destina a locação (CC, art. 566, I) - no que se observa aí uma prestação de dar -; e no compromisso que o locador assume de garantir ao locatário a necessária tranquilidade para o uso da coisa durante a locação, evitando possíveis turbações (CC, art. 566, II), no que se denota uma prestação de fazer.

Portanto, tentar classificar o compromisso do locador como uma obrigação de fazer ou de dar redundaria em simplismo prejudicial, posto que ambas se verificam em tal caso: sabiamente, o CDC não se referiu textualmente a obrigação de dar ou de fazer mas a “atividade”, posto esta abranger às duas e estas representarem um meio para a consecução do objetivo – o uso do bem pelo locatário.

Assim, sendo uma atividade e por conseguinte comprovadamente habitual e remunerada – eis que a remuneração é *conditio sine qua non* à locação, por força do art. 565 do CC -, o ato de locar configura-se serviço nos moldes consumeristas, sendo o locador destarte fornecedor.

Em fecho, observou-se a relevância de se considerar a locação relação de consumo: mesmo tendo o CC absorvido do CDC muitos dos princípios gerais deste último, o Diploma Consumerista confere ao consumidor benefícios não previstos no *Codex Civilista*. Por consequência, sendo a locação de coisas abrangida pelo CDC, tem o locatário proteção sob aspectos que o CC não prevê e consequentemente não poderia proporcionar, tais como a responsabilidade objetiva do locador e a inversão do ônus da prova em favor do locatário.

Em fecho, o Direito não é um elemento estático e imutável: antes, é um objeto criado pelo homem, que lhe empresta um sentido e conteúdo valorativos auferindo-lhe o *status* de elemento cultural, cuja natureza é transformada ou ordenada pelo ser humano na conformidade do atendimento aos fins humanos. A estrutura do direito é moldada pela realidade social, ou seja, o sistema normativo é esquematizado de acordo com os valores e necessidades da sociedade: mudam-se estes, e o ordenamento jurídico também necessitará se transformar, de forma a cumprir o seu mister fundamental – ordenar e organizar a sociedade.

O operador do direito deve interpretar as normas na conformidade dos valores e paradigmas vigentes na sociedade, para não causar prejuízos à coletividade. Manter-se preso a conceitos anacrônicos e assim distoantes da realidade social e normativa é se arriscar sobremaneira a cometer erros na aplicação da lei, e por consequência injustiças de difícil ou impossível correção.

Faça-se justiça, à luz da razão e do direito.

## REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, 5. ed., tradução da 1. edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGUIAR, Mônica. A colisão entre as normas do Novo Código Civil e as Leis Especiais em vigor: Aplicação de Princípio Jurídico. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ALEMANHA. Constituição (1919) **Constituição de Weimar**. Weimar, 1919. Disponível em: <<http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>>. Acesso em: 10 de novembro de 2009.

ALEMANHA. Constituição (1949) **Constituição da República Federal da Alemanha**. Berlim, 1949. Disponível em: <[http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01.html](http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html)>. Acesso em: 11 nov. 2009.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALPA, Guido. **Compendio del nuovo diritto privato**. Torino: UTET, 1985.

ALPA, Guido. **Instituzioni di diritto privato**. 2. ed. riv. e ampl. Torino: UTET, 1997.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità Del produttore**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

ALPA, Guido et al. **Analisi economica Del diritto privato**. Milão: Giuffrè Editore, 1998.

ALPA, Guido et al. **Rischio contrattuale e autonomia privata**. Napoli: Josene, 1982.

ALVES, Eliana Calmon. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil: temas limítrofes. **Biblioteca Digital Jurídica do STJ**, Brasília: Supremo Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/166>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Os paradigmas da pré-modernidade, da modernidade e da pós-modernidade no direito político. Uma singela reflexão sobre Alexandre Magno, Napoleão Bonaparte e Barack Obama. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 12, n. 1713, mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11007>>. Acesso em: 18 mar. 2010.

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 659p.

APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas Gerais: A Incompletude Satisfatória do Sistema. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Sistema e tópicos na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de Aldo Vannuchi et al. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003. v.1.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. **Biblioteca Digital Jurídica do STJ**, 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/1936>>. Acesso em: 05 mar. 2010.

ASBAHR, Flávia da Silva Ferreira. A pesquisa sobre a atividade pedagógica: contribuições da teoria da atividade. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 29, p.108-118, mai/jul. 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 7, p. 269-292, jul./set. 1993  
BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. **O conceito jurídico de consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 77, n. 628, p. 69-79, fev. 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. O direito do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 160, p. 251-266, out/dez. 1992.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código dos Estados Unidos do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1955. v. IV.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976. p. 56.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil** : teoria & prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOURGOIGNIE, Thierry. **Éléments Pour une Théorie du Droit de la Consommation**. Bruxellas: Story-Scientia, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2010.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de set.1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, set.1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4707.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4707.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2010.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de jan. 1916. Código Civil de 1916. **Diário Oficial da União**, Brasília, jan. 1916. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2010.

BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dez. 1986. Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, dez. 1986. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7565compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565compilado.htm)>. Acesso em 27 out. 2010.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de set. 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, set. 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2010.

BRASIL. Lei n. 8.245, de 18 de out. 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Diário Oficial da União**, Brasília, out. 1991. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm)>. Acesso em 31 jul. 2010.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fev. 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2010.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de jan. 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2010.

BRASIL. Mensagem [ao Congresso Nacional] n. 160, de 10 de junho de 1975, do Presidente da República Ernesto Geisel, com Exposição de Motivos do Ministro da Justiça Armando Falcão [encaminhando projeto de lei que institui o Código Civil]. **Revista da Emerj**, n. especial, p. 35-37, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev./jun. 2002).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 38.274-2/SP. Armando Livichi Saito *versus* Antonio Matias Pena. Relator Ministro Edson Vidigal. Acórdão de 09 de novembro de 1994. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199300242547&dt\\_publicacao=22-05-1995&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300242547&dt_publicacao=22-05-1995&cod_tipo_documento=>). Acesso em: 31 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 262.620/RS. José Nazareno de Fartas *versus* Cristiano Klein de La Veja. Relator Ministro Felix Fischer. Acórdão de 13 de setembro de 2000. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=74770&nreg=200000575097&dt=20001002&formato=PDF>>. Acesso em 31 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 41.056/SP. Farmácia Vital Brasil Ltda. *versus* Companhia Brasileira de Meios de Pagamento. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 23 de junho de 2004. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=474096&sReg=200302274186&sData=20040920&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=474096&sReg=200302274186&sData=20040920&formato=PDF)>. Acesso em: 03 mai. 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 476.428/SC. Agip Liquigás S/A *versus* Gracher Hotéis e Turismo Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 16 de abril de 2005. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=542170&sReg=200201456245&sData=20050509&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542170&sReg=200201456245&sData=20050509&formato=PDF)>. Acesso em: 04 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 661.145/ES. Espírito Santo Centrais Elétricas S/A – ESCELSA *versus* Glamour Indústria e Comércio de Confecções Ltda. – ME. Relator Ministro Jorge Scartezini. Acórdão de 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=528257&sReg=200400662207&sData=20050328&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=528257&sReg=200400662207&sData=20050328&formato=PDF)>. Acesso em: 04 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 590.802/RS. Ministério Público Federal *versus* Imobiliária Ruiz e outros. Relator Ministro Nilson Naves. Acórdão de 30 de maio de 2006. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=630533&sReg=200400326161&sData=20060814&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=630533&sReg=200400326161&sData=20060814&formato=PDF)>. Acesso em: 31 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 687.239/RJ. Banco do Brasil S/A *versus* CJF de Vigilância Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 06 de abril de 2006. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=618941&sReg=200400845777&sData=20060502&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=618941&sReg=200400845777&sData=20060502&formato=PDF)>. Acesso em 10 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 733.560/RJ. Sul América Companhia Nacional de Seguros *versus* Allpark Estapar Empreendimentos Participações e serviços S/C Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 11 de abril de 2006. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=620944&sReg=200500383734&sData=20060502&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=620944&sReg=200500383734&sData=20060502&formato=PDF)>. Acesso em:11 mai. 2010.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALVÃO DA SILVA, João. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/33100/32270>>. Acesso em 10 jan. 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

COIMBRA, Clarice Helena de Miranda; QUAGLIOZ, Clarice Helena de Miranda. Direitos fundamentais e direito da personalidade. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2, n. 2, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/19/01.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, José Augusto. O código do consumidor na jurisprudência do STJ. **BDJur**, Brasília, maio. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/17042>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil : teoria Geral do Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES, Jorge H. C. **O que é um sistema?**. 2003. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~jhcf/MyBooks/ic/1.Introducao/AspectosTeoricos/oqueehsistema.html>>. Acesso em 10 fev. de 2010.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-3002007000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3002007000100013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 04 fev. de 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGARO, Roseli. A comunicação como campo de sentidos em disputa. In: **Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação**. Disponível em: <[http://compos.com.puc-rio.br/media/gt7\\_roseli\\_figaro.pdf](http://compos.com.puc-rio.br/media/gt7_roseli_figaro.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2010.

FIGUEIREDO NETO, Alberto. A responsabilização do fornecedor pelo fato do produto no CDC. **Revista da ESMESE**, Aracaju, n.7, p. 181-242, jan./dez. 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** : comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FIUZA, César. Contribuição para uma nova hermenêutica civil-constitucional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n.63, 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5894](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5894)>. Acesso em: 24 jun. 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 6. ed. rev. atual. ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. Malheiros, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Princípios: marcos de resistência. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 27, p. 47-63, 2005. Disponível em: <[http://www.trt15.jus.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev27Art3.pdf](http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev27Art3.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2010.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed., atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio H. V. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil Brasileiro: De Clóvis Bevilácqua a Miguel Reale. A visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. **Mundo Jurídico**, 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=416](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=416)>. Acesso em 11 mar. 2010

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburguer. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**. Araraquara, v. 16, 2004.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**, 2. ed., ver. e at. pelo Prof. Ovídeo Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MANGIERI, Francisco Ramos. **ISS: teoria, prática e questões polêmicas**. ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. São Paulo: Edipro, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o “diálogo das fontes”. In: MARQUES, Cláudia Lima et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Luiz Eduardo Galvão; DALTRINI, Beatriz Mascia. Organizando o Processo de Elicitação de Requisitos Através do Conceito de Atividade. In: 4th Workshop on Requirements Engineering, 2001, Buenos Aires, Argentina. **Anais do 4th Workshop on Requirements Engineering**, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto sobre Serviços**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo v. 33, 2000b.

MARQUES, Cláudia Lima. Relações de Consumo na Pós-modernidade: em defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2º e 29 do CDC. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano I, n. 1, Jan/Jun. 2000a.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Forense : Rio de Janeiro, 2008.

MEIRA, José de Castro. Notas sobre o conceito de processo. **BDJur**, Brasília, mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16602>>. Acesso em 16 jul. 2010.

MEIRELLES, Dilmária Silva e. O conceito de serviço. **Revista de Economia Política**, v. 26, n. 1 (101), p.119-136, jan./mar. 2006.

MELGARÉ, Plínio. A jus-humanização das relações privadas: para além da constitucionalização do direito privado. **Revista da Ajuris**, v. 31, n. 94, p. 227-250, jun. 2004.

MENDES, Eunice de Alencar. Dignidade da pessoa humana: atuação na ordem jurídico-constitucional brasileira e sua irradiação nas relações entre particulares. **BDJur**, Brasília, 19 nov. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18093>>. Acesso em 15 jul. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2.0000.00.352000-9/000, de Belo Horizonte. Rosalina Gonçalves Maurelli *versus* Ney Vieira Lopes. Relator: Juiz Domingos Coelho. Acórdão de 19 de dezembro de 2001. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=352000&complemento=0&sequen](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=352000&complemento=0&sequen)>

cial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em 03 jul. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2.0000.00.367507-6/000, de Belo Horizonte. Têxtil Redpoint Ltda *versus* Haras Bagé do Sul Ltda. Relator: Juiz Dárcio Lopardi Mendes. Acórdão de 24 de outubro de 2002. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=367507&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=367507&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em 03 jul. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível n. 367.528-5, de Uberlândia. Gival Matos Bittencourt e outra *versus* Paulo Roberto da Silva. Relator: Juiz Belizário de Lacerda. Acórdão de 10 de outubro de 2002. Disponível em :<[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt\\_processo=367528&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=367528&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em 03 jul. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0701.04.079405-2/001. Contrato de locação que prevê isenção de multa rescisória a partir de data pré-determinada. Relação de consumo. Apelante: Santa Paula Promoções Ltda. Apelado: Maurício de Mello Resende. Relator: Desembargador Francisco Kupidowski. Acórdão de 08 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701&ano=4&txt\\_processo=79405&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701&ano=4&txt_processo=79405&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)>. Acesso em: 03 jul. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.08.278273-1/002. Apelante Valdir Santos Cruz. Apelado: Fai Financeira Americanas Itaú S/A Crédito Financiamento e Investimento. Relator Desembargador Tibúrcio Marques. Acórdão de 12 de agosto de 2010. Disponível em:<[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=08&txt\\_processo=278273&dv=1&complemento=002&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=04%2F11%2F2010&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha\\_text=56034&pesquisar=Pesquisar>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=08&txt_processo=278273&dv=1&complemento=002&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=04%2F11%2F2010&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=56034&pesquisar=Pesquisar>)>. Acesso em 03 nov. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0145.05.276046-2/001. Levlon Cosméticos Ltda e outros *versus* Duayer e Mendonça Cosméticos Ltda. Relator Desembargador Rogério Medeiros. Acórdão de 13 de maio de 2010. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0145&ano=05&txt\\_processo=276046&dv=2&complemento=001&acordaoE](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0145&ano=05&txt_processo=276046&dv=2&complemento=001&acordaoE)>

menta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=04%2F11%2F2010&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha\_text=91293&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em 03 nov. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Doutrina e prática do imposto sobre serviços**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A teoria dos sistemas e a hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 1, n. 2, p. 51-64, jul. 2006. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/arquivos/v1n2/a4.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 18, p. 218-295, abr./jun. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 504-632.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A proteção contratual no Código de consumidor e o âmbito de sua aplicação. **BDJur**, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20019/A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20contratual.pdf?sequence=>>. Acesso em 30 jun. 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 02 ago. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução n. 39/248 (A/RES/39/248)**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={4521CE7B-732B-40EB-B529-F9200C365E93}](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={4521CE7B-732B-40EB-B529-F9200C365E93}>)>. Acesso em: 03 ago. 2010.

OGLIARI, Ítalo Nunes. **Pós-Modernidade e a Condição Humana na Novíssima Geração de Contistas Gaúchos**. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-graduação em

Direito. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=79047](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=79047). Acesso em: 05 mar. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Disponível em: <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. A Integração da Norma e a Atividade Judicante. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v.1.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Renata de Lima. As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade . **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 9, n. 655, abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6617>. Acesso em: 16 mar. 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

SANTANA, Heron José. **Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, 2002.

SILVA, Américo Luis Martins. **O dano moral e sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, De Plácido e; ALVES, Geraldo Magela; SLAIBI FILHO, Nagib. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 877p

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucionla São Paulo: Malheiros, 2009. 926 p.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado** : o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A dimensão principiológica do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Estudos**, Goiânia, v. 35, n. 4, p. 717-751, jul./ago. 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** : contratos em espécie. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006b. v. 3.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** : parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006a. v. 2.