

PAULO GUILHERME RIBEIRO BIGONHA

**ASCENSÃO E QUEDA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
o esvaziamento do CDC a partir da jurisprudência do STJ**

Brasília

2024

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO – PMPD

PAULO GUILHERME RIBEIRO BIGONHA

**ASCENSÃO E QUEDA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
o esvaziamento do CDC a partir da jurisprudência do STJ**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado Profissional da Universidade de Brasília, tendo como orientadora a Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes.

Brasília

2024

PAULO GUILHERME RIBEIRO BIGONHA

**ASCENSÃO E QUEDA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
o esvaziamento do CDC a partir da jurisprudência do STJ**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes

Área de pesquisa: Direito e Políticas Públicas

Componentes da Banca Examinadora:

Prof. Dr. DENNIS VERBICARO SOARES

(Membro externo - UFPA)

Profa. Dra. FERNANDA DE CARVALHO LAGE

(Suplente)

Prof. Dr. MARCUS FARO DE CASTRO

(Membro interno - UNB)

Profa. Dra. DANIELA MARQUES DE MORAES

(Presidente/ Orientadora)

Brasília, 26 de março de 2024.

Dedico este trabalho a todos que habitam a minha alma e que, vivendo em mim, me transformam no que eu sou. Em especial, à Dona Alba, minha mãe, que despertou em mim a sede de viver e a vontade de aprender, como a água da minha sede.

AGRADECIMENTOS

A lembrança de cada uma das pessoas que me ajudaram no processo de obtenção do título de mestre em Direito é impossível. São inúmeras e a memória é traiçoeira. Entretanto não posso deixar de relacionar aquelas que participaram e/ou contribuíram diretamente nesse legítimo processo de composição.

À minha mãe, Dona Alba, professora primeira. Em seguida, à minha filha, Isadora, razão mais profunda e inspiração mais sublime. À minha ex-esposa, Geysa, que caminhou junto boa parte do percurso. Ao amigo André Salge, fundamental desde o pontapé inicial, servindo de guia, exemplo e incentivo. Às minhas irmãs Ana Paula e Fernanda, e aos primos Cesinha, Túlio e Carlinha, pelos ensinamentos de uma vida. Ao Tio Zé Mauro, pelas palavras de incentivo lá no começo da jornada, pelos constantes acordes no violão, pelo exemplo e pela amizade sincera. À querida Tia Stella pelo apoio incondicional em vários momentos. E à Do Carmo e ao Cícero, por todo o cuidado e a dedicação.

A todos os professores das disciplinas cursadas no Programa de Mestrado Profissional em Direito: Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa, Profa. Dra. Ana Claudia Farranha Santana, Profa. Dra. Débora Bonat, Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto, Prof. Dr. Marcus Faro de Castro, Profa. Dra. Roberta Simões Nascimento e, com destaque, à minha Orientadora, Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, pela paciência, estímulo e iluminação. As aulas ocorridas todas durante a pandemia de covid-19 foram verdadeiros bálsamos contra as agruras de se viver num dos piores momentos políticos da História do Brasil, em que os maiores esforços do Governo eram dirigidos à deslegitimação da ciência, das autoridades ligadas ao ensino e à saúde, e à desvalorização da arte, da cultura e da atividade acadêmica como um todo.

Agradeço imensamente aos colegas de turma, que propiciaram, com suas inesquecíveis intervenções nas aulas, um processo de aprendizado a partir da generosa troca de experiências. A singular participação de cada um nas aulas se somou para que a experiência fosse realmente enriquecedora.

Os colegas do Superior Tribunal de Justiça, igualmente, foram fundamentais nesse processo. Os variados debates sobre questões afetas ao presente trabalho,

durante os vários anos de atuação no tribunal, me ajudaram a formar o olhar crítico que permeia a minha dissertação.

Ao Superior Tribunal de Justiça, pelo fomento à capacitação de seus servidores.

Um “muito obrigado” a todos os amigos, ainda que não estejam relacionados, que nunca deixaram eu me sentir sozinho durante esse inegável processo solitário de produção. Abraço Ricardo, Elise, Ju, Sylvio, Buga, Rafael, Lucão, Eduardos (o de 7 e o de 4 cordas), Wellerson, Kleber, Simon, Marcello, Tchelão, Bena, Georvane, Luciana, etc.

Por último, presto homenagem a todas as pessoas que foram vítimas da pandemia de Covid-19, em especial à minha querida madrinha, Tilô, e ao genial e ilustre guia e parceiro dos saraus na casa da Sheila (a quem também saúdo), Toninho Maya.

A desigualdade é construída sobre uma pilha de injustiças.

RESUMO

A presente dissertação sintetiza a inquietação resultante de um olhar crítico às questões envolvendo o direito do consumidor no âmbito do Superior Tribunal de Justiça nos mais de 20 anos de atuação profissional em gabinetes de ministros componentes das Turmas que integram a Segunda Seção da Corte. Parte da revisitação do contexto histórico que serviu de cenário para a construção de um Direito do Consumidor no Brasil até a efetiva promulgação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Segue adiante apontando as estruturas ideológicas liberais como responsáveis pela exacerbação dos valores econômicos na sociedade e pela definição do papel do Poder Judiciário como instrumento de indução de um consenso sobre esses valores e ideias que, em última análise, privilegiam interesses dos setores econômicos. Ao final, a pesquisa procura ilustrar, por meio de exemplos retirados da jurisprudência do STJ, a intervenção do Poder Judiciário para recuperar concessões legislativas e neutralizar as conquistas do consumidor. Num pano de fundo marcado pela profunda alteração da relação entre sociedade e economia, em que aspectos fundamentais da vida humana passaram a se subordinar às relações de mercado, o funcionamento do Estado é ponderado a partir da análise de seus elementos estruturais, que acabam por convergir para o natural processo de esvaziamento do CDC. Em nome de um direito à liberdade, o poder político se restringe, de molde a deslocar as relações econômicas para o campo privado. Como resultado, o indivíduo é quem deve determinar as suas relações econômicas e sociais, defendendo, de forma isolada, os interesses que são, na realidade, coletivos ou gerais. Paralelamente, com a função pública restrita a áreas determinadas, como a da segurança territorial, da propriedade privada e do cumprimento dos contratos, o Estado acaba por operar como mero garantidor das relações privadas, criando e conservando diferenças e hierarquias, ao apenas assegurar o livre jogo das forças de mercado. Com isso, assegura a remuneração do capital à custa, inclusive, do vilipêndio de direitos dos consumidores, de molde a afirmar a liberdade de exploração do cidadão comum pelo economicamente privilegiado, edificando uma liberalidade social qualificada pela propriedade. Nessa estrutura, o Poder Judiciário atua de forma a conservar o *status quo* e a fortalecer o projeto de sociedade liberal, ora garantindo a manutenção dessas estruturas, ora recuperando o espaço eventualmente perdido, por meio do processo legislativo, pelos setores econômicos. Os exemplos retirados da jurisprudência do STJ dão concretude à argumentação, deixando evidente o contraditório papel desempenhado pelo Judiciário na vandalização das estruturas de defesa do consumidor e, por outro lado, na manutenção de abusos e privilégios.

Palavras-chave: Consumidor. Estado de Direito. Liberalismo. Ideologia. Lei Principiológica. Diálogo das Fontes. Vulnerabilidade. Liberdade Negativa. Interpretativismo Jurídico.

ABSTRACT

This dissertation summarizes the concern resulting from a critical look at issues involving consumer law within the scope of the Superior Court of Justice in more than 20 years of professional experience in the cabinets of ministers comprising the Second Section of the Court. It starts from the revisiting of the historical context that served as a scenario for the construction of Consumer Law in Brazil until the effective promulgation of the Brazilian Consumer Protection Code. It goes on to point out liberal ideological structures as responsible for the exacerbation of economic values in society and for defining the role of the Judiciary as an instrument for inducing a consensus on these values and ideas that, ultimately, privilege the interests of the economic sectors. In the end, the research seeks to illustrate, through examples taken from the jurisprudence of the Superior Court of Justice, the intervention of the Judiciary to recover legislative concessions and neutralize consumer gains. Against a background marked by the profound change in the relationship between society and economy, in which fundamental aspects of human life began to be subordinated to market relations, the functioning of the State is considered based on the analysis of its structural elements, which end up converging for the natural process of emptying the CDC. In the name of a right to freedom, political power is restricted, in order to shift economic relations to the private field. As a result, the individual is the one who must determine their economic and social relations, defending, in isolation, interests that are, in reality, collective or general. At the same time, with the public function restricted to specific areas, such as territorial security, private property and the fulfillment of contracts, the State ends up operating as a mere guarantor of private relations, creating and preserving differences and hierarchies, by simply ensuring free game of market forces. With this, it ensures the remuneration of capital at the expense, including the vilification of consumer rights, in order to affirm the freedom of exploitation of ordinary citizens by the economically privileged, building a social liberality qualified by property. In this structure, the Judiciary acts to preserve the status quo and strengthen the liberal society project, sometimes guaranteeing the maintenance of these structures, sometimes recovering the space eventually lost, through the legislative process, by the economic sectors. The examples taken from the STJ's jurisprudence give concreteness to the argument, making it very clear the contradictory role played by the Judiciary in vandalizing consumer protection structures and, on the other hand, in maintaining abuses and privileges.

Keywords: Consumer. Rule of law. Liberalism. Ideology. Principled law. Source dialogue. Vulnerability. Negative freedom. Legal interpretivism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO	17
2.1. Consumidor: um agente econômico	17
2.2. Origem e evolução histórica do consumerismo	20
2.3. O fundamento constitucional	29
2.4. Lei principiológica: a criação de um microssistema jurídico e o diálogo das fontes	37
2.5. A dimensão coletiva das relações de consumo	42
2.6. A vulnerabilidade como pilar	45
3 O PAPEL RESERVADO AO PODER JUDICIÁRIO NA ESTRUTURA LIBERAL	49
3.1. A ideologia como determinante do agir estatal	49
3.2. A consolidação da economia de mercado e a formação da base ideológica de um mundo capitalista	52
3.3. A liberdade liberal	58
3.4. O papel do Poder Judiciário na estrutura do Estado Liberal	64
4 O ESVAZIAMENTO DO CDC A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ	69
4.1. Primeiro ato: a vedação à revisão de ofício das cláusulas abusivas dos contratos de consumo	70
4.2. Segundo ato: a modificação da regra de inversão do ônus da prova	78
4.3. O último ato: a decretação da morte de um subsistema jurídico	88
5 CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	98

1. INTRODUÇÃO

Uma das mais profundas mudanças ocorridas na história tem como marco o aparecimento das economias de mercado. Esse movimento – que coincide com a transição de sistemas econômicos baseados em economias predominantemente autossuficientes caracterizadas pelas trocas limitadas de produtos e pelas reduzidas operações monetizadas – convergiu para o surgimento do capitalismo no mundo, transformando profundamente a estrutura socioeconômica, ao consolidar a propriedade privada, o lucro e a competição como pilares fundamentais do desenvolvimento.

Propulsora desse movimento, a evolução historicamente denominada de “Revolução Industrial” crava as balizas para o surgimento da indústria, do mercado da força de trabalho e da produção de bens de consumo, alterando radicalmente o modo de produção de bens. O surgimento da produção em larga escala, alimentado por avanços tecnológicos – por exemplo, a invenção da máquina a vapor –, expandiu a industrialização, gerando um crescimento econômico sem precedentes.

Mais tarde, a consolidação do sistema financeiro franqueou a mobilização de capital e de investimentos em larga escala, impulsionando a expansão econômica e a formação empresarial moderna. Seguindo-se, então, o processo conhecido como Globalização, que intensificou a interconexão entre as economias mundiais, impulsionando a circulação de bens, serviços, informações e investimentos em escala global. No centro de toda essa transformação está o elemento ideológico que possibilitou a consolidação do capitalismo, fornecendo o arcabouço teórico e político que amparava, favorecia e justificava a expansão do sistema: o liberalismo. Entre as suas ideias e princípios destacam-se a apologia ao livre mercado e à propriedade privada, a limitação da intervenção estatal na economia, a proteção dos direitos individuais – especialmente os relacionados ao favorecimento da atividade econômica e à acumulação de capital – e o encorajamento da competição, da concorrência e da inovação.

Esse modelo ideológico que vigorou durante todo o período de solidificação do capitalismo – iniciado a partir da Revolução Comercial nos séculos XV e XVI, que foi sucedida pela Revolução Industrial e persiste até os dias atuais – recebeu nova

roupagem com o neoliberalismo, como reação à crise inaugurada pelas duas guerras mundiais, pontuando uma visão crítica ao modelo de bem-estar social e às políticas fiscais expansionistas, bem como a atuação mais incisiva do Estado na economia, inspiradas no pensamento de Keynes (1996).

O pensamento neoliberal, entretanto, manteve todas as estruturas liberais originárias e, influenciado por políticas de extrema direita, rumou para uma radicalização da valorização do livre mercado e da concorrência, e da redução do Estado como regulador das práticas econômicas¹, adotando medidas características, como a privatização, a desregulamentação do mercado, além de políticas de austeridade, visando ao equilíbrio orçamentário², e de flexibilização de direitos. Mesmo em sua mais recente feição, de Estado regulador, surgida nos anos 80 do século passado, o Estado não se distancia do ideário liberal, mantendo intacta a função primária de assegurar o funcionamento da economia de mercado.

Paralelamente, no processo de conformação das economias de mercado, do lado oposto da oferta gerada pela Revolução Industrial, foi observada outra gigantesca transformação, representando o vértice da demanda nesse processo: a do consumo. E a incorporação da figura do consumidor na estrutura da economia adicionou a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros aos conflitos já existentes, relacionados ao acesso à terra e aos meios de produção, servindo de embrião para a construção de um Direito do Consumidor em variadas partes do mundo.

O presente trabalho é dividido em três partes e, procura, em seu capítulo inicial, descrever a formulação de um Direito do Consumidor, a partir de registros históricos que marcaram a luta pela construção de um direito consumerista no Brasil e no mundo, resgatando momentos em que a segurança ou a saúde das pessoas foram colocadas em risco em decorrência da oferta de produtos no mercado, que não eram submetidos a testes prévios de eficiência ou a padrões mínimos de qualidade e/ou segurança. Descreve a trajetória percorrida pela sociedade civil para a edificação de um sistema jurídico organizado de defesa do consumidor, percorrendo um processo histórico iniciado com o completo desamparo do adquirente de produtos e serviços inseridos no mercado de consumo, o nascimento dos primeiros movimentos da sociedade civil organizada até a consolidação de um arcabouço jurídico-institucional

¹ Verbicaro e Oliveira (2022).

² Saad Filho e Morais (2018). *In*: Verbicaro e Oliveira (2022).

minimamente arranjado e capaz de dar alguma efetividade à ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, a concepção de um microsistema jurídico decorrente da adoção de uma lei com natureza principiológica, a incorporação de um diálogo entre as fontes do Direito e, ainda, a consideração do consumidor em sua dimensão coletiva, aliada à observância da sua evidente vulnerabilidade, que caracteriza o consumidor na perspectiva relacional com o capitalista fornecedor, consolidam a estrutura jurídica de defesa, culminando na ascensão do Direito do Consumidor brasileiro.

No capítulo seguinte, a partir dos trabalhos de autores como Karl Polanyi, Danilo Zolo e Ellen Wood – os quais sintetizam uma abordagem crítica do liberalismo político e econômico –, abre-se uma trilha para responder à grande indagação que motiva a presente dissertação: por que o arcabouço jurídico que consolidou o Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi implodido em tão pouco tempo de existência? Ou, em outros termos: o que explica o fato de as estruturas vanguardistas, que foram erigidas pelo legislador na construção do CDC – tais como a natureza de lei principiológica, o estabelecimento de um subsistema jurídico hermético e o estabelecimento do diálogo das fontes –, não terem encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça um lugar de proteção e consolidação?

Durante a pesquisa, vários elementos se mostraram capazes de, ao menos parcialmente, explicar o fenômeno de esvaziamento do CDC. Do ponto de vista político, à ausência, de um lado, de representatividade dos setores menos privilegiados da sociedade, dos desapossados, que representam boa parte da sociedade de consumo, soma-se, de outro, a eficiência da representação dos setores econômicos mais expoentes, que exercem livremente a campanha de seus interesses (*lobby*), o que desvenda, de alguma forma, esse processo de desmanche da arquitetura de proteção introduzida pelo CDC. Mas essa resposta se limita ao campo legislativo, não explicando, portanto, o papel do Judiciário nesse debacle.

É nas entranhas do Estado liberal que a pesquisa encontrou justificativa plausível para o comportamento do Poder Judiciário, destacadamente do STJ, obviamente por ser a Corte uniformizadora da interpretação da legislação federal. Foi desde o aprofundamento nos conceitos e estruturas liberais, e da análise do “interpretativismo jurídico” como ferramenta de proteção do *status quo*, que se procura

demonstrar o papel do Judiciário no desmonte das políticas que desafiam interesses econômicos e, conseqüentemente, na manutenção de privilégios.

Por meio da utilização de ferramentas ideológicas, justifica-se a priorização dos aspectos meramente ou essencialmente econômicos na análise e na aplicação do Direito, na medida em que, paralelamente, cria-se uma percepção de somenos importância dos institutos de proteção e defesa do consumidor em cotejo com uma sublimação infinita da necessidade do lucro para o avanço civilizatório. É a glorificação de um progresso focado apenas no aspecto econômico. Essa exacerbação do panorama econômico deságua no enviesamento jurídico pelos aplicadores do Direito, os quais – numa aparente tentativa de conciliação, ou melhor, numa tentativa de aparentar uma conciliação de interesses – distorcem, inovam e/ou subvertem conceitos jurídicos essenciais, em clara demonstração de que os valores econômicos devem sobressair mesmo que isso signifique a desestruturação de uma ordem jurídica justa e arduamente construída.

Por meio do subjetivismo interpretativo, as decisões judiciais priorizam a proteção da propriedade e dos interesses comerciais em detrimento de direitos sociais e coletivos, esvaziando-os em favor de liberdades individuais específicas. Ao cultivar os valores ideologicamente plantados pelo liberalismo, o Judiciário seleciona os direitos que devem ser protegidos, enaltecendo questões relacionadas à propriedade e à liberdade individual, em detrimento de direitos coletivos. Ao, sob o pálio da imparcialidade, se afastar do enfrentamento da arquitetura de poder, os julgados consolidam as desigualdades estruturais, legitimando e perpetuando as disparidades de poder e riqueza. Com isso, o Poder Judiciário passa a espelhar a lógica liberal, reforçando desigualdades e atuando como agente mantenedor de privilégios.

No capítulo final, o trabalho procura demonstrar, na prática, a partir da análise de julgados que compõem a jurisprudência, como o STJ, exercendo esse papel e por meio do “interpretativismo”, se afastou dos pilares edificados pelo legislador que formulou o CDC, para esvaziá-lo essencialmente. Desde o golpe mais definitivo, consistente no afastamento da lógica que garantia o caráter soberano do CDC para regular a relação de consumo, relacionada à natureza principiológica da lei consumerista, até a inviabilização da revisão de ofício de cláusulas “nulas de pleno direito” e a alteração da regra de inversão do ônus da prova, a pesquisa procura

ilustrar o comportamento de um Judiciário comprometido com o parâmetro ideológico e estrutural forjado pelo liberalismo.

Metodologicamente, a pesquisa procura analisar, a partir dos conceitos teóricos oferecidos pela bibliografia relacionada, um problema entendido como estrutural e permanente dentro da arquitetura liberal do Estado de Direito. Busca elementos da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado para alcançar uma explicação plausível para o esvaziamento do CDC a partir da atuação daquele que, em tese, seria seu principal guardião: o Poder Judiciário. E ainda apresenta um componente empírico, trazido pela pesquisa jurisprudencial, cujo recorte foi estabelecido pela importância dos julgados. Para os fins da pesquisa, os três casos analisados são os mais emblemáticos, porque ilustram, de forma mais evidente e contundente, o processo de esvaziamento do Código de Defesa do Consumidor, aspecto central da pesquisa.

Não se nega a existência de críticas à jurisprudência construída no Superior Tribunal de Justiça, mas observa-se que, via de regra, elas se fundamentam na dogmática jurídica, centralizando-se em aspectos formais e pragmáticos, dos quais se pode destacar a hesitação na uniformização interpretativa e a inadequação no trato de questões atuais. Ora reprova-se a interpretação realizada a partir de conceitos já consagrados na dogmática, ora aponta-se a limitação do direito para lidar com problemas que envolvem questões econômicas e de outras disciplinas, como se observa na argumentação mais constante do ramo de análise econômica do Direito.

Daí se extrai a relevância da presente pesquisa, que lança um olhar sobre a questão estrutural que determina os resultados em matéria de preservação e consolidação dos direitos do consumidor. Para além da escassez na literatura acadêmica de trabalhos que tenham registrado o processo de esvaziamento do Código de Defesa do Consumidor como um fenômeno evidente do ordenamento jurídico brasileiro, a pesquisa busca, por meio da correlação entre a literatura crítica existente e a jurisprudência produzida nesses pouco mais de 30 anos de vigência do CDC, responder à pergunta formulada como problema, repise-se: por que as estruturas vanguardistas erigidas pelo legislador na construção do CDC não encontraram eco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça?

A questão pode ser resumida da seguinte forma: se existe um sistema de produção consolidado a partir de um cabedal ideológico hegemônico, que erige como valores supremos o lucro, a propriedade privada, a liberdade regulatória, ou seja, a

proteção de interesses empresariais, como seria possível a sobrevivência, num mesmo universo jurídico, dos direitos dos consumidores?

O embate entre a capacidade do Judiciário em proteger os direitos dos cidadãos frente a uma lógica liberal, que prioriza valores econômicos e comerciais, revela uma complexidade intrínseca ao sistema jurídico contemporâneo. A lógica liberal colide com os fundamentos da proteção dos direitos individuais e dos consumidores. Nesse contexto, o Judiciário se vê desafiado a equilibrar esses interesses antagônicos. Porém a rigorosa e permanente prevalência de uma lógica orientada pelo mercado é fator limitador da efetividade da proteção dos direitos.

2. A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

2.1 Consumidor: um agente econômico

Con-su-mi-dor. Substantivo e adjetivo masculino. Segundo o Dicionário *Online* de Português, o significado da palavra consumidor é definido como: “que ou o que consome; que ou aquele que adquire mercadorias, riquezas e serviços para uso próprio ou de sua família; comprador, freguês, cliente; capaz de consumir, gastar, mercado consumidor”³.

Em sentido jurídico, embora o legislador brasileiro tenha inserido quatro definições de consumidor no Código de Defesa do Consumidor – a) consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, *caput*)⁴; b) consumidor é a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único)⁵; c) consumidor é toda vítima do evento danoso (responsabilidade por acidente de consumo (art. 17)⁶, e d) consumidores são todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas previstas no Capítulo V do Título I (“Das Práticas Comerciais”, art. 29)⁷ –, nas palavras de Nery Júnior (Grinover *et al.*, 2011), um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), “a chave para a identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é o elemento teleológico: a destinação final, ao consumidor, do produto ou serviço”.

De fato, conforme observa Teodoro Júnior (2021), o Código de Defesa do Consumidor utilizou o caráter econômico para a conceituação de consumidor, na medida em que leva em consideração o fato de a pessoa adquirir os produtos para utilização pessoal e, não, comercial. Vale dizer: “consumidor é quem age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial”.

³ Disponível em: <https://www.dicio.com.br/consumidor/>. Acesso em: 27 fev. 2023.

⁴ Art. 2º da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor): “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

⁵ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. (grifo nosso)

⁶ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

⁷ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

O conceito de consumidor, portanto, tal como atualmente incorporado à língua portuguesa ou como foi cunhado pelo legislador, descreve um agente essencialmente econômico⁸ qualificado: a pessoa que adquire riquezas ou utiliza serviços postos à disposição da sociedade:

(...) o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Assim, procurou-se abstrair de tal conceituação componentes de natureza *sociológica* – ‘consumidor’ é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social – ou então *psicológica* – aqui se encarando o ‘consumidor’ como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo.

Igualmente, procurou-se abstrair considerações de ordem literária e até filosófica (...) ⁹

Consequentemente, a sua existência pressupõe a coexistência de um mercado de bens e serviços: um mercado consumidor. Sem ele, não há a figura do comprador, do freguês, do cliente; sem a disponibilização mercadológica de produtos e serviços, não há a aquisição¹⁰, a utilização ou o efetivo ato de consumo, ou seja, “a destinação final” que caracteriza, sob o prisma jurídico, o consumidor. Linguisticamente “consumidor” e “mercado consumidor” são conceitos que, muitas vezes, se confundem. A explicação para essa homonímia, segundo Bauman (2008, p. 20), é um sinal dos tempos e reside no fato de que

⁸ César Augusto Moreira Bergo afirma que, em uma economia capitalista, os agentes econômicos são as famílias, as empresas e o governo, que respondem sobre o quê, quanto, como e para quem produzir. <Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/176537/mod_resource/content/1/conceitos%20b%C3%A1sicos.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

Para Sérgio Ricardo de Brito Gadelha e Lucas Gomides Rocha, “os agentes econômicos são as pessoas de natureza física ou jurídica que, através de suas ações, contribuem para o funcionamento do sistema econômico, buscando maximizar os resultados de suas ações de acordo com seus objetivos”. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6256/5/Módulo%201%20%281%29%20EF.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

⁹ Filomeno. *In*: Grinover *et al* (2011, pp. 27-28).

¹⁰ Nunes (2021) esclarece que “a lei emprega o verbo ‘adquirir’, que tem de ser interpretado em seu sentido mais amplo, de obter, seja a título oneroso ou gratuito. Porém, (...) não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou o serviço, ainda quando quem o utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome”.

(...) Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A "subjetividade" do "sujeito", e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias.

Na verdade, o consumo, como fundamental componente da vida humana, representa o ponto de destino da atividade econômica, fazendo parte de complexa engrenagem que compõe a máquina denominada “mercado”. Disso decorre um aspecto de extrema relevância: a relação jurídica classificada como “de consumo” é estabelecida sempre entre dois agentes econômicos. Pessoas físicas ou jurídicas consumidoras com empresas fornecedoras de produtos ou serviços privados ou públicos (estes prestados por algum ente representando alguma esfera de Governo)¹¹. E essa inferência é dotada de muito significado, pois, diferentemente do que se verifica nos outros ramos do Direito Privado, em que o arcabouço normativo permeia relações entre o indivíduo, o particular, o cidadão comum (integrante da *civitas*) e outros particulares, o Direito do Consumidor tem como objeto, frise-se, a harmonização de relações jurídicas constituídas exclusivamente entre agentes qualificados como econômicos, tendo como princípio a dimensão coletiva da relação de consumo, extrapolando os interesses meramente individuais ou particulares, como será visto adiante.

Sendo a existência do “mercado” um pressuposto, é seguro afirmar que a concepção da figura do consumidor exsurge juntamente com o florescer das “economias de mercado”, cujos marcos temporais remontam aos séculos XVII e XVIII, período efervescente das revoluções liberais (Gloriosa, 1688, Americana, 1776, e Francesa, 1789), que lançaram as bases constitucionais para o seu funcionamento no âmbito global, consolidando-se durante o processo da Revolução Industrial.

Com efeito, dentro da conformação das economias de mercado, a sociedade de consumo representa, nas palavras de McKendrick (1982, p. 10), o lado da demanda

¹¹ Nunes (2021) afirma que “são fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.”.

da Revolução Industrial, compondo um dos vértices da estrutura econômica da sociedade industrial moderna:

(...) A revolução do consumidor ocorreu na Inglaterra do século XVIII junto com a revolução industrial. A revolução de consumo foi o lado da demanda análogo ao da oferta proporcionada pela revolução industrial. Todas as classes participaram desta revolução, caracterizada por uma nova perspectiva e novas técnicas de produção e *marketing*. A revolução do consumidor é decisiva na história da experiência humana.

Nessa nova composição, a incorporação da figura do consumidor na estrutura da economia somou aos conflitos sociais típicos da fase anterior, entre trabalhadores e patrões – inicialmente relacionados ao acesso à terra e, em seguida, ao domínio dos meios de produção – a luta pelo acesso ao consumo de bens seguros e pela garantia da informação plena a respeito dos produtos e serviços disponibilizados no mercado e que, mais recentemente, já na era da informação, assegure também o direito de opção.

É nesse cenário que o Direito do Consumidor começa a ser construído. E dessa relação produção–consumo e da conseqüente necessidade de oferecer um contraponto às novas e diversas adversidades impostas pelo processo de formação e desenvolvimento da sociedade industrial – isto é, às dificuldades e aos riscos que as pessoas sofrem, ou podem sofrer, pelo simples fato de terem nascido em uma época em que tudo se transforma em mercadoria a ser comercializada – que nasce o movimento consumerista, impulsionando a construção de toda uma estrutura jurídico-administrativa de defesa e proteção desse fundamental agente econômico, que, como visto, é um dos vértices da sociedade hipermoderna¹².

2.2 Origem e Evolução Histórica do Consumerismo

Há diversos registros da criação, desde a Antiguidade, de mecanismos de controle ou regulamentação do comércio. No entanto, o conceito e o aparato legal de regulação das relações de consumo foram construídos no decorrer de um recente

¹² A sociedade hipermoderna, na terminologia desenvolvida por Gilles Lipovetsky e Sébastien Charles, descreve uma conjuntura social marcada pelo excesso, pelo exagero, pelo efêmero, pela sedução, pelo individualismo, pelo imediatismo e pela competição (Lipovetsky; Charles, 2004).

processo histórico, sendo o Direito do Consumidor contemporâneo uma criação relativamente nova e, no Brasil, remonta a apenas pouco mais de meio século. Entre os registros encontrados na literatura sobre o tema, Gambaro (1995, p. 3) relata que “algumas proibições contra os alimentos adulterados e informações falsas de peso podem ser encontradas no Velho Testamento, no Código de Hammurabi ou nas antigas leis indianas”.

Da mesma forma, Santos (1987, pp. 78-79) registra que o Código de Hammurabi (2300 a.C.) regulamentava o comércio, de modo que o controle e a supervisão se encontravam a cargo do palácio. Como exemplo, o autor anota que “consoante a ‘Lei 235’ do Código de Hammurabi, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (...)” e, ainda, a existência de disposições esporádicas de proteção aos interesses dos negociantes também na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do século XIII a.C., onde o Código de Massú previa pena de “multa e punição”, além de ressarcimento de danos, aos que adulterassem gêneros (“Lei 697”) ou entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem bens de igual natureza por preços diferentes (“Lei 698”).

Também há anotações que evidenciam que, durante a Idade Média, a estrutura moral da Igreja Católica protegia os comerciantes, assim como algumas normas internas das corporações de ofício, mas que, de forma geral, as pouquíssimas normas que tratavam das transações comerciais não tutelavam especificamente o consumidor, tampouco favoreciam o vendedor, de acordo com Gambaro (1995). Nesse aspecto, ressalta Perin Junior (2003, p. 6) que, em todos esses casos, “a intervenção da organização política era endereçada, sobretudo, para garantir a possibilidade de trocas, abaixando os custos de transação. Seria, portanto, um erro considerá-las formas explícitas de política em favor de ‘consumidores’.” Além disso, pontuando que as relações nesse período eram diretas com os produtores e que os produtos, de forma geral, eram feitos “sob medida”, o mesmo autor também destaca o caráter pessoal do comércio até então existente.

O surgimento do capitalismo na Inglaterra, no final do século XVIII, todavia, marca a ruptura desse modelo comercial, no processo historicamente denominado de “Revolução Industrial”, que crava as balizas para o surgimento da indústria, do mercado da força de trabalho e o da produção de bens de consumo, alterando

radicalmente o modo de produção. O que era artesanal, pessoal, feito sob medida, passou a ser fabricado de forma uniforme, em linha de produção, para inaugurar a existência de uma sociedade de massas no mundo.

Durante esse período há diversos registros de que, por meio de leis editadas por sucessivos monarcas, cujo fôlego foi ampliado a partir dos meados do século XVIII, o governo inglês passou a afastar os trabalhadores do campo, utilizando-se dos cercamentos (*enclosure acts*), que impunham a privatização das terras que eram, até então, de uso comum dos camponeses, e a punir a utilização de terras marginais inutilizadas e a recusa do trabalho, a partir da edição de leis contra a vadiagem e a mendicância. De acordo com Silva *et al.* (2007), essas medidas, na prática, contribuíam para a formação de uma classe operária e garantiam o baixo custo da mão de obra.

Essa visão é alinhada às reflexões de Hunt e Lautzenheiser (2013), para quem, entre as mudanças econômicas e sociais mais importantes para a formação e consolidação do capitalismo estavam àquelas que criavam uma classe trabalhadora sistematicamente privada do controle dos processos de produção e forçada a uma situação em que a venda de sua força de trabalho era a única possibilidade de sobrevivência. Segundo os autores (2013, p. 46),

(...) O movimento dos cercamentos atingiu seu ponto máximo nos séculos XV e XVI, quando, em algumas áreas, de 3/4 a 9/10 dos habitantes foram expulsos do campo e forçados a buscar sustento nas cidades. Ondas subseqüentes de cercamento continuaram até o século XIX. Os cercamentos e o crescimento populacional destruíram os laços feudais remanescentes, criando uma grande e nova força de trabalho – uma força de trabalho sem terra, sem quaisquer ferramentas ou instrumentos de produção, apenas com a força do trabalho para vender. Essa migração para as cidades significava mais trabalho para as indústrias capitalistas, mais homens para os exércitos e marinhas, mais homens para colonizar novas terras e mais consumidores ou compradores potenciais de produtos. (grifo nosso)

O trabalhador rural foi paulatinamente destituído dos seus meios de produção e privado das garantias que as velhas instituições feudais asseguravam à sua sobrevivência, passando a vender a sua força de trabalho, agora reduzida a mercadoria, por um salário. Além disso, durante o processo da Revolução Industrial, após uma fase de enorme expansão capitalista, caracterizada por uma aceleração da acumulação de capital decorrente do crescimento exponencial do comércio, da implantação de um

sistema industrial de produção doméstica, do movimento dos cercamentos e de uma enorme inflação de preços (e da pilhagem colonial, da pirataria e do comércio de escravos), houve a ascensão de uma nova classe, a “burguesia”, que progressivamente substituiu a nobreza como o estamento que dominava os sistemas econômico e social. E foi precisamente esse movimento que favoreceu o aparecimento de novos Estados-nação e marcou a fase mercantil do capitalismo embrionário.

Nesse ponto, Hunt e Lautzenheiser (2013, p.50) anotam

(...) Em fins do século XVI e início do século XVIII, quase todas as grandes cidades da Inglaterra, França, Espanha e dos Países Baixos (Bélgica e Holanda) já tinham se transformado em prósperas economias capitalistas, dominadas pelos mercadores capitalistas, que controlavam não só o comércio, mas também grande parte da indústria. Nos modernos Estados-nação, coalizões de monarcas e capitalistas tinham retirado o poder efetivo da nobreza feudal de muitas áreas importantes, principalmente nas relacionadas com a produção e o comércio. Essa época do início do capitalismo é conhecida como mercantilismo. (grifo nosso)

Sobre essa quadra histórica, Perin Junior (2003, p. 7) relata que “com a expansão do comércio e da manufatura, as práticas fraudulentas na produção de alimentos eram comuns” e que a partir da invenção do microscópio e da sua intensa utilização durante o século XVII foi possível detectar adulterações e contaminações, “especialmente nas especiarias, que, devido ao seu elevado valor, eram alvo preferencial para as fraudes”.

O quarto final do século XIX delimita a evolução do capitalismo industrial para, no registro de Oliveira e Koury (2018), um quadro monopolista, decorrente de um processo em que apenas as fábricas de grande porte efetivamente conseguiram tirar real proveito dos novos e dos mais eficientes avanços tecnológicos, o que culminou na eliminação de inúmeras empresas menores e na associação entre as empresas então concorrentes, que passaram a realizar fusões e a formar cartéis e trustes. Com isso, houve o aprofundamento das condições para a formação de economias dependentes desse capital monopolista, especialmente a partir da abertura comercial de áreas subdesenvolvidas, ampliando-se, com isso, o mercado de consumo, o que foi decisivo para a expansão do capitalismo. E é nessa mesma época, da intensificação desse capitalismo monopolista e oligopólico, que nasce, nos Estados Unidos da América, o

que se pode verdadeiramente denominar de *movimento consumerista*, cujo ato inaugural foi a criação, em 1899, da *National Consumer League*.

Alpa (1986, p. 26) registra que o universo econômico-comercial norte-americano testemunhou três explosões do movimento consumerista durante o século XX: o primeiro nos dez anos iniciais, o segundo em meados dos anos de 1930 e, o último, na metade dos anos de 1960.

Galbraith (1980, p. 54) relata que o primeiro estágio compreendeu o período relativo ao final do século XIX até a década de 20 do século posterior, lapso coincidente com a industrialização e a organização da produção, com os rudimentos de administração e os crescentes conflitos de interesses “entre aqueles em que o talento está na produção de bens e aqueles em que a única preocupação não é fabricar coisas úteis, mas sim fazer dinheiro”.

Em 1899, repisa-se, surgiu a *National Consumer League* e, já no início do século XX, precisamente em 1906, após o caso conhecido como “o escândalo dos açougueiros de Chicago”¹³, foram aprovados o *Pure Food and Drug Act* e o *Meat Inspection Act*. Em 1914, também foi criada a FTC – *Federal Trade Commission*¹⁴. Nesse período, conforme anota Sodré (2009), também surgiram nos Estados Unidos os primeiros julgados com base num incipiente direito do consumidor, a partir de problemas de consumidores relacionados à responsabilidade civil da indústria automobilística¹⁵.

O segundo movimento, iniciado nos meados da década de 1930, foi decorrência de uma escalada de preços durante a depressão econômica norte-americana, do desastre provocado pela *sulfinalamida* da Companhia Massengill – em que mais de 100 pessoas foram envenenadas quando o antibiótico feito da substância foi misturado com o dietilenoglicol e comercializado como “Elixir de Sulfanilamida” – e da greve das donas de casa de Detroit, o que culminou na ampliação dos poderes normativos da FTC e no fortalecimento do *Pure Food and Drug Act*¹⁶. Nessa fase,

¹³ Gambaro (1995).

¹⁴ Perin Junior (2003, p. 8) também observa que “os polêmicos escritos de Upton Sinclair, no livro *The Jungle*, que denunciavam as condições de fabricação dos embutidos de carne e o trabalho dos matadouros de Chicago, induziu o Congresso americano à aprovação, em 1906, da mencionada regulamentação para a inspeção de carne, a lei de alimentos e medicamentos e, mais tarde, em 1914, deu ensejo à FTC”.

¹⁵ Sobre o tema, o autor sugere a obra de Sílvio Luis Ferreira da Rocha: *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

¹⁶ Perin Junior (2003, p. 9).

precisamente em 1936, foi fundada, também nos Estados Unidos, a primeira organização típica de defesa do consumidor, de âmbito nacional: a *Consumers Union*.

A terceira etapa resultou de uma complexa conjunção de circunstâncias: uma nova tragédia envolvendo, agora, a talidomida – um sedativo utilizado para amenizar efeitos deletérios da gravidez, que se descobriu capaz de interferir no desenvolvimento de fetos –, mais um vertiginoso aumento nos preços e, ainda, do ativismo atribuído à figura de Ralph Nader, um advogado e político estadunidense que se tornou célebre por suas campanhas a favor dos direitos dos consumidores desenvolvidas em conjunto com a associação *Public Citizen*¹⁷.

O legado desse novo movimento foi a aprovação de diversas leis de proteção ao consumidor, entre elas: a *Fair Labeling and Packing Act*, a *Truth in Lending Act*, a *Fair Credit Reporting Act*, a *Equal Labeling and Packing Act*, a *Flammable Fabrics Act* e a *Poison Preventing Packaging Act*.

Relativamente a essa fase, Perin Junior (2003, p.10) anota que

(...) A tragédia da talidomida no início dos anos 60 assumiu um caráter emblemático na história do Direito do Consumidor, chamando a atenção da comunidade científica, jurídica e dos agentes envolvidos com a saúde pública para a nova magnitude dos riscos e perigos envolvidos nas tecnologias aplicadas à nova forma de organização da produção fordista e do mercado massificado.

O anúncio de novas pesquisas salientando o caráter danoso à saúde de diversos produtos e bens de consumo culinário e cosmético lançou diariamente novos alertas para a nova natureza dos problemas de segurança à saúde envolvidos nas relações de consumo em uma sociedade de consumo de massa.

A questão da defesa do consumidor paulatinamente passava a associar-se direta e intimamente com valores e interesses não exclusivamente econômicos do consumidor.

A saúde é, provavelmente, o mais notável destes interesses, mas não será o único, conforme ficará patente nas legislações de proteção e controle da publicidade enganosa e ofensiva a valores educativos, morais e ao meio ambiente.

Esse período é igualmente marcado pela seguinte mensagem especial, enviada no dia 15 de março de 1962 pelo então presidente dos Estados Unidos John Kennedy ao Congresso de seu país:

¹⁷ Perin Junior (2003, p. 9) ressalta que “um importante capítulo dessa trajetória se iniciou em 1966, tendo como personagem principal a figura de Ralph Nader, que se utilizou da lei como poderoso instrumento de mudança social”.

Ao Congresso dos Estados Unidos:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Eles são os maiores grupos econômicos na economia, afetando e sendo afetados por quase toda decisão econômica pública ou privada. Os consumidores respondem por dois terços de tudo gasto na economia. Mas eles são o único grupo importante na economia que não são efetivamente organizados cuja opinião frequentemente não é ouvida¹⁸.

No mesmo documento também foram explicitados os, assim enumerados, direitos básicos dos consumidores:

(1) **O direito à segurança** – ser protegido contra o mercado de bens que são danosos à saúde ou à vida.

(2) **O direito à informação** – ser protegido contra informação, publicidade, rótulos ou outras práticas fraudulentas, enganosas ou grosseiramente ilusórias, e de ter acesso às informações de que necessita para fazer uma escolha consciente.

(3) **O direito de escolher** – assegurar sempre que possível o acesso a uma variedade de produtos e serviços a preços competitivos; e, nos ramos em que a concorrência não é viável e os regulamentos governamentais são substituíveis, uma garantia de qualidade e serviços satisfatórios a preços justos.

(4) **O direito de ser ouvido** – assegurar que os interesses do consumidor receberão plena e solidária consideração na formulação da política governamental e tratamento justo e pronto em seus tribunais administrativos.

Para promover a mais completa realização dos direitos destes consumidores é necessário que os programas governamentais existentes sejam fortalecidos; que a organização governamental seja incentivada e que, em certas áreas, nova legislação seja promulgada.
(grifo nosso)

Observa Sodré (2009) que essa foi a primeira enunciação politicamente significativa da ideia de direitos básicos dos consumidores: segurança, informação, livre escolha e participação nas decisões que lhes dizem respeito, além da necessidade da existência de políticas governamentais para atendê-los.

Na Europa, o consumerismo tomou corpo com o surgimento da *Consumers Association*, em 1957, na Inglaterra. Entretanto, conforme observa Donato (1994), foram os países nórdicos os primeiros a demonstrar maior conscientização em prol da tutela dos interesses do consumidor. A Suécia foi pioneira ao criar, em 1971, o *Ombudsman* e o Juizado de Consumo, no que foi seguida pela Noruega (1972), Dinamarca (1974) e pela Finlândia (1978). Nesses países, além de um sistema jurídico

¹⁸ A lembrança desse fato ensejou a adoção do dia 15 de março como o “Dia do Consumidor”.

especializado, foi implantada a figura do *ombudsman*, que exerce tanto a atividade de ouvidoria e administração, como também detém a aptidão para apreciar pedidos de tutela de interesses difusos e a legitimidade, em concorrência com as associações, para propor ações judiciais contra eventuais abusos comerciais e publicitários.

Perin Junior (2003) também registra que o movimento consumerista está fortemente consolidado na Comunidade Europeia e destaca o funcionamento de inúmeras associações, como a *Consumentenbond*, na Holanda, a União Federal dos Consumidores (U.F.C), fundada em 1951, e o Instituto Nacional do Consumo, em 1956, ambos na França. Menciona também a existência no âmbito internacional, desde 1960, da *Consumers International*, que representa e presta apoio a mais de 200 outras associações distribuídas em mais de 80 países.

Em obra dedicada ao estudo comparativo do Direito do Consumidor, Taschner (2022) revela que, de fato, o auge do movimento consumerista no denominado primeiro mundo ocorreu de meados da década de 1960 a meados da década seguinte, período marcado pelo surgimento de profundas discussões a respeito da criação de leis voltadas à defesa do consumidor e pelo destaque sem precedentes que o tema recebeu da imprensa.

No Brasil, é o ano de 1971 que marca a primeira iniciativa no sentido da criação de um arcabouço legal de defesa do consumidor. O Projeto de Lei n. 70-A foi apresentado à Câmara dos Deputados em maio daquele ano, propondo a criação do Conselho de Defesa do Consumidor (CDC), mas a apreciação parou na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Entretanto, em 1974, por iniciativa da sociedade civil, surge, no Rio de Janeiro, o Conselho de Defesa do Consumidor (CODECON). Em 1976, em Curitiba, foi criada a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC) e, em Porto Alegre, a Associação de Proteção ao Consumidor.

Na esfera pública, o Estado de São Paulo saiu na frente do Governo Federal ao promulgar o Decreto n. 7890, de 1976, e inaugurar o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (Procon), dois anos depois. Somente em 1985 veio a iniciativa federal de criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), com a função de elaborar uma política nacional de proteção consumerista.

A partir do CNDC vieram boa parte das propostas que alimentaram os trabalhos da Constituinte de 1988, incluindo a criação de uma comissão com o objetivo de construir o Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, devendo ainda ser

destacada, nessa fase, a participação decisiva dos consumidores, representados pelas entidades de classe, na conquista da codificação de proteção consolidada na Lei n. 8.078, que entrou em vigor em 1990.

Também merecem relevo a criação, em 1987, do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), por iniciativa do grupo formado pelo Procon, e o surgimento, pós-CDC, de outras diversas entidades de representação dos interesses do consumidor, conforme Rios (1988).

Atualmente, de acordo com informações fornecidas pelo Governo Federal¹⁹, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) congrega os Procons, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as entidades civis de defesa do consumidor, que atuam de forma articulada e integrada com a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon). Tal Secretaria, vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, tem por atribuição legal a coordenação do SNDC e está voltada à análise de questões que tenham repercussão nacional e interesse geral, além do planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.

O SNDC (por meio de reuniões trimestrais) analisa os desafios enfrentados pelos consumidores e formula estratégias de ação – tais como fiscalizações conjuntas, harmonização de entendimentos e elaboração de políticas públicas de proteção e defesa do consumidor. Seus órgãos têm competência concorrente e atuam de forma complementar para receber denúncias, apurar irregularidades e promover a proteção e defesa dos consumidores. Os Procons, a seu turno, são os órgãos estaduais e municipais que atuam no âmbito local, atendendo diretamente os consumidores e monitorando o mercado de consumo zonal, tendo papel fundamental na execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Também o Ministério Público e a Defensoria Pública, no âmbito de suas atribuições, atuam na proteção e na defesa dos consumidores e na construção da Política Nacional das Relações de Consumo. O Ministério Público, de acordo com sua competência constitucional, além de fiscalizar a aplicação da lei, instaura inquéritos e propõe ações coletivas. A Defensoria, além de propor ações, defende os interesses dos desassistidos, promovendo acordos e conciliações.

Por último, cumpre registrar o papel das entidades civis, que atuam na proteção e defesa do consumidor, representando o conjunto organizado de cidadãos em torno

¹⁹ Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/6>. Acesso em 8 mar. 2023.

de uma instituição devidamente registrada e com função estatutária previamente definida.

Fortemente inspirado nas diretivas europeias e, também, na experiência norte-americana, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro é, como demonstrado, resultado de um longo processo histórico e representa gigantesca conquista social. Todavia, concebido para ser a grande ferramenta de amparo do consumidor, parte institucionalmente reconhecida como vulnerável nas relações de consumo, e precisamente por representar um instrumento não apenas de preservação e consolidação de direitos, mas também de imposição de limites à atuação de agentes econômicos poderosos, o CDC é alvo permanente de toda sorte de ataques oriundos de uma ampla estrutura de representação ideológica, jurídica e política dos mais diversos setores e interesses econômicos, estando atualmente, após pouco mais de 30 anos de vigência, em acelerado processo de esvaziamento.

2.3 O Fundamento Constitucional

Em primoroso artigo avaliando as conquistas, desafios e perspectivas a partir dos, então, 20 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, Martins (2011) observa que o modelo constitucional assumido após a democratização no final da década de 1980 variou desde a busca das experiências do direito constitucional comparado, a partir das estruturas e conteúdos próprios de Estados democráticos, até a verificação dos anseios da população em geral, “grande parte sufocada por duas ditaduras: uma advinda da repressão política e outra agonizante no jazigo de um direito caracterizado pela retórica vazia, altamente fértil às mazelas sociais e econômicas”.

Acerca do cenário que permeou esse processo de composição da nova ordem constitucional, Barroso (2001) ressalta que

(...) no caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do País, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito (...). Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em

menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Entre tantos aspectos positivos incrementados em suas normas, Marques (2002) sublinha que a Constituição de 1988 valeu-se do reconhecimento da assimetria qualitativa das diversas categorias de pessoas, objetivando tratamento obsequioso voltado à igualdade substancial a agentes constitucionalmente identificados. Assim, ressalta Martins (2011, p. 171), os direitos da mulher, da mãe, da criança e do adolescente, do idoso, do indígena, do pequeno produtor ou do empresário, do usuário de serviços públicos, entre outros, são relacionados, no corpo da Constituição, aos setores ou ambientes inerentes à sua qualidade substantiva – a família, ao mercado, à propriedade, à empresa, ao acesso aos equipamentos públicos, à cultura e à educação etc.

E uma dessas categorias reconhecidas pelo legislador constituinte foi exatamente a do consumidor, que, de acordo com Gordillo (2007, p. 5), representa aquela de “maior densidade demográfica de titulares”:

(...) En relación a la cantidad de situaciones concretas que se presentan, el tercer grupo es abrumadoramente más numeroso (usuarios, consumidores, público en general etc.). Y a su vez son mas las personas que en el ámbito jurídico lo intentan encarar desde el plano dogmático del derecho civil, constitucional, penal, administrativo etc. Ahí debe poner su énfasis, y ahí encuentra una de sus primeras justificaciones metodológicas, el estudio específico de los derechos humanos, derechos individuales, libertades públicas. Es el individuo aislado, el cliente forzado de los servicios administrativos, el sujeto pasivo del poder estatal, el que veces no sabe llenar siquiera un formulario, no tiene tiempo para ir a una oficina pública ni persona a quien enviar, el usuario de todos los servicios públicos que por la escasa importancia económica del problema encuentra que no hay quien pueda ocuparse de ayudarle a encarar y resolver conflicto jurídicamente; a veces él mismo da por perdida la batalla sin siquiera haber consultado a ningún abogado. Son los millones de ciudadanos que tienen contactos y problemas diarios con los millares de funcionarios y autoridades, sin tener posibilidad efectiva de lograr un razonable equilibrio entre su libertad y la autoridad. Sin lograr tampoco que se dispierte en todos los demás actores del conflicto (funcionarios,

magistrados, letrados) una constante y permanente preocupación por resolver su situación individual y concreta dentro del conjunto del sistema jurídico, por preservar, valorizar o incrementar sus derechos en la vida cotidiana²⁰.

Atento à necessidade de conferir tratamento diferenciado a essa importante categoria (de agentes econômicos), dentro de um cenário em que o consumo ocupava cada vez mais lugar de destaque na organização da sociedade (pós/hipermoderna) e se mostravam ineficazes os instrumentos de índole meramente privatista da tradição jurídica brasileira, Fernando Rodrigues Martins considera que a consagração do direito do consumidor na Constituição Federal partiu de duas estratégias: a primeira elevando-o como direito fundamental inerente a qualquer pessoa humana e exigente da proteção do Estado (artigos 1º, III, e 5º, XXXII, da CF); a segunda particularmente como princípio de ordem econômica com vistas à formatação de limites à livre iniciativa pelo valor social, tutelando não apenas a pessoa física do consumidor, mas as pessoas jurídicas consumidoras e o próprio mercado (artigos 170, V, e 175, parágrafo único)²¹.

Com efeito, conforme disposto em seu artigo inaugural, o CDC “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”²².

²⁰ Em tradução livre: “Em relação ao número de situações específicas que se apresentam, o terceiro grupo é esmagadoramente mais numeroso (usuários, consumidores, público em geral, etc.). E por sua vez há mais pessoas que, no campo jurídico, tentam enfrentá-lo desde o nível dogmático do direito civil, constitucional, penal, administrativo etc. É aí que ele deve colocar sua ênfase, e aí encontra uma de suas primeiras justificativas metodológicas, o estudo específico dos direitos humanos, dos direitos individuais, das liberdades públicas. É o indivíduo isolado, o cliente forçado dos serviços administrativos, o sujeito passivo do poder do Estado, aquele que às vezes nem sabe preencher um formulário, não tem tempo de ir a uma repartição pública nem alguém a quem enviar, o usuário de todos os serviços públicos que, pela pouca importância econômica do problema, descobre que não há quem se encarregue de ajudá-lo a enfrentar e resolver judicialmente o conflito; às vezes ele mesmo desiste da batalha sem ao menos consultar um advogado. São os milhões de cidadãos que têm contatos e problemas cotidianos com os milhares de funcionários e autoridades, sem terem a possibilidade efetiva de alcançar um equilíbrio razoável entre a sua liberdade e a sua autoridade. Sem conseguir também despertar em todos os demais atores do conflito (funcionários, magistrados, advogados) uma preocupação constante e permanente em resolver a sua situação individual e concreta dentro do conjunto do ordenamento jurídico, em preservar, valorizar ou aumentar os seus direitos na vida cotidiana”.

²¹ Martins (2011, p. 171).

²² Art. 1º da Lei 8.078/1990: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

O Código de Defesa do Consumidor é, de fato, decorrência de mandamento constitucional expresso (art. 48 do ADCT), evidenciando que o legislador constituinte de 1988 percebia a necessidade da criação de um sistema de regulação das relações de consumo na nova ordem constitucional que se instalava no País. E essa sensibilidade se concretizou no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que incorporou, no inciso XXXII do art. 5º, a promoção da defesa do consumidor pelo Estado como direito e garantia fundamental²³. Paralelamente, a mencionada estratégia de cuidado do legislador foi acentuada no texto do art. 170, que também enuncia a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica²⁴, e no art. 150, que trata das limitações do poder de tributar, estabelecendo que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”²⁵. E, ainda, os interesses do usuário-consumidor, em relação à prestação de serviços públicos, são resguardados no inc. II do art. 175²⁶.

Com isso, o direito do consumidor estava, sob o ponto de vista institucional, inserido na nova ordem constitucional que se instalava durante o processo de redemocratização brasileiro, com os auspícios de uma Carta Magna que tem como

²³ Constituição Federal, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

²⁴ Constituição Federal, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁵ Constituição Federal, art. 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...) § 5º – A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

²⁶ Constituição Federal, art. 175. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...) II – os direitos dos usuários;”

fundamento a dignidade da pessoa humana e, como objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária²⁷.

Nesse cenário, a premissa valorativa da dignidade da pessoa humana se apresenta como valor-fonte do normativismo constitucional²⁸, sobrepondo-se, na dicção de Miguel Reale, como invariante axiológica²⁹.

Para Efig (2011, p. 29), a inclusão da matéria atinente à proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988 “coaduna-se com a função do Estado em intervir em situações de desigualdade e desequilíbrio social, que não poderiam ser satisfatoriamente acomodadas ou corrigidas com o uso de instrumentos meramente políticos ou econômicos”. Compreensão que também é encampada por Reich (1985, p. 175), para quem o Direito do Consumidor

(...) encontra su fundamento constitucional em la cláusula del Estado social de la Ley Fundamental. El Estado social debe intervenir ali donde las situaciones de desigualdad y de desequilibrio no pueden ser corregidas simplemente con el uso e medidas de tipo económico³⁰.

A Carta Magna de 1988 ao elevar a defesa do consumidor à posição de direito fundamental (art. 5º, XXXII) também a transformou em uma cláusula pétrea. Imune,

²⁷ Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei n. 13.874, de 2019)

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(...) Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁸ Martins (2011, p. 172).

²⁹ Segundo Reale (2002, p. 182), “determinados valores, uma vez elevados à consciência coletiva, tornam-se como entidades ontológicas, adquirindo caráter permanente e definitivo. São os que denominamos invariantes axiológicas ou constantes axiológicas como os valores da pessoa humana, o direito à vida, a intangibilidade da subjetividade, a igualdade perante a lei (isonomia), a liberdade individual etc., que constituem o fundamento da vida ética. A eles correspondem os chamados direitos fundamentais do homem”.

³⁰ Em tradução livre: “(...) encontra o seu fundamento constitucional na cláusula do Estado Social da Lei Fundamental. O Estado social deve intervir onde as situações de desigualdade e desequilíbrio não podem ser corrigidas simplesmente com o uso de medidas econômicas”.

portanto, à tentativa de supressão por meio de emendas constitucionais, nos termos do art. 60, § 4º, IV, reconhecendo, de forma inexorável, o seu caráter inalienável³¹.

Igualmente, ao “assegurar afirmativamente que o Estado-juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores”, de acordo com Benjamin *et al.* (2008), o legislador constituinte originário procurou adotar medidas que garantissem a sua efetividade na realidade social, e não somente por meio da dogmática jurídica. De fato, a utilização do verbo “promover”³² pelo legislador encerra um mandamento constitucional, uma verdadeira ordem direcionada a todos os poderes constituídos (executivo, legislativo e judiciário) para que pautem suas condutas, atos e normas com o objetivo de garantir a plena aplicabilidade da defesa dos interesses do consumidor nas relações jurídicas realizadas diariamente na sociedade³³.

Nessa toada, a defesa do consumidor reveste-se, simultaneamente, em um direito e em uma garantia fundamental. O primeiro definido por Ferrajoli (2010, p. 37) nos seguintes termos:

(...) son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas³⁴.

De acordo com Barroso (2020, p. 190), o direito subjetivo expressa o poder de ação com vistas à satisfação de um interesse respaldado pela ordem jurídica, isto é, “a possibilidade de exercer poderes e de exigir condutas”. E a garantia corresponde

³¹ Efig (2012, p. 33).

³² Constituição Federal, Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (...)”

³³ Efig e Bradbury (2021).

³⁴ Em tradução livre: “São ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados da condição de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de agir; entendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de benefícios) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma legal; e pelo ‘estado (status)’ a condição de sujeito, também prevista por norma jurídica positiva, como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que constituem o exercício destas”.

“às instituições, às condições materiais ou aos procedimentos colocados à disposição dos titulares de direitos para promovê-los ou resguardá-los”.

Na visão do aludido constitucionalista, o direito subjetivo distingue-se pela presença das seguintes características: a) corresponde a um dever jurídico; b) está sujeito à violação; c) sua inobservância gera a imposição de mecanismos coercitivos e sancionatórios, previstos no ordenamento, para exigir o seu cumprimento. As garantias, a seu turno, são classificadas em três tipos: a) sociais, ligadas à geração e à distribuição de riquezas; b) políticas, associadas aos mecanismos essenciais à democracia e ao exercício da cidadania, como a separação dos poderes; c) jurídicas, referentes aos diferentes institutos e ações judiciais ajuizadas perante o judiciário³⁵.

Sobre a perspectiva dessa classificação, Efing e Bradbury (2021, p. 45) anotam que

(...) o Código de Defesa do Consumidor brasileiro também se reveste na dimensão de uma garantia, notadamente a jurídica, na medida em que estabelece determinados procedimentos judiciais que visam a adequada proteção do consumidor em juízo. Cita-se, nesse sentido, os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas envolvendo a defesa do consumidor que, nos termos do art. 103, III, do CDC, somente terão efeitos *erga omnes* nos casos de procedência do pedido.

Para os autores, o caráter dúplice do direito do consumidor – correspondente, ao mesmo tempo, a um direito e a uma garantia – é consequência do fenômeno da constitucionalização do direito, que, na lição de Lôbo (1999, p. 100), significa a justificação constitucional de determinadas regras que regulam as relações jurídicas privadas, irradiando sobre elas padrões valorativos decorrentes da constituição. Ou, novamente nas palavras de Barroso (2005), a concepção da constitucionalização do direito traduz a noção de um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa (*die normative Kraft der Verfassung*)³⁶ por todo o sistema jurídico.

Nesse verdadeiro processo de transformação do direito consolida-se o primado da constituição, isto é, a substituição da prerrogativa da lei pela primazia da

³⁵ Barroso (2009, p. 99-100). *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 99-100.

³⁶ Hesse (1991. p. 11).

constituição³⁷, a supremacia da legitimidade sobre a legalidade, da constituição sobre o código³⁸.

O movimento denominado constitucionalização do direito irradiou normas de caráter cogente para todo o sistema jurídico, inclusive para o direito privado³⁹, sobressaindo-se os direitos fundamentais enquanto vetores de efetivação da proteção a uma vida digna nas relações entre particulares.

Isso significa que a defesa do consumidor, enquanto direito e garantia fundamental, deve ser interpretada sempre no sentido da sua maior efetividade. Ao discorrer sobre o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, Canotilho (2003) infere que

(...) 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).

Por esse prisma, Tepedino (2006) assinala que o constituinte, além de incluir a tutela do consumidor no rol de direitos fundamentais, compatibiliza os seus interesses patrimoniais com a tutela de sua dignidade e os seus valores existenciais. E esses marcos axiológicos – dignidade e tutela de seus valores existenciais – deverão ser seguidos pelo legislador constitucional (reformista), infraconstitucional, tanto quanto pelos Poderes Executivo e Judiciário, extraíndo-se das práticas do Poder Público a eficácia dos direitos do consumidor. Nesse sentido, afirma, que legislar e executar políticas públicas favoráveis ao consumidor são tão eficazes quanto julgar conforme os valores antes destacados. Logo, os dispositivos constitucionais não podem ser considerados como meramente programáticos (do que decorreria a necessidade de concretizá-los através da legislação infraconstitucional).

De acordo com Marques (2008, p. 27),

³⁷ Botelho (2015, p. 492).

³⁸ Bonavides (2018, p. 57).

³⁹ Passos (2018, p. 48).

(...) certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. A Constituição seria a garantia e o limite de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor.

Sob a perspectiva constitucional, portanto, o Código de Defesa do Consumidor assume, na inspirada expressão de Watanabe, a busca da “ordem jurídica justa”⁴⁰, que, a rigor, significa o acesso ao Direito (nas palavras de Greco)⁴¹, o acesso “aos direitos” ou, ainda, na terminologia cunhada por Hannah Arendt, o direito a ter direitos⁴². Acesso, pois, à juridicidade, que envolve o desapego ao aspecto meramente formal à justiça e reclama uma abordagem ética, axiológica e valorativa: a justiça como valor.

2.4 Lei Principiológica: a criação de um microssistema jurídico e o diálogo das fontes

Ao comentar os artigos iniciais do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto, comemora o fato de que o CDC dispõe sobre uma “política nacional de relações de consumo”, enaltecendo o que ele chama de uma “filosofia de ação”, justificando a celebração “exatamente porque não se trata tão-somente do consumidor, senão da almejada harmonia das sobreditas ‘relações de consumo’”⁴³.

O festejado jurista sublinha o fato de que o CDC foi uma lei criada com um cunho inter e multidisciplinar, inaugurando um verdadeiro microssistema jurídico. A esse respeito, ele explica que “ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos”⁴⁴.

⁴⁰ “O direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa.” (Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: *Participação e Processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. SP, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-129).

⁴¹ Greco (2005, p. 197).

⁴² Hannah Arendt usa a expressão para se referir à noção de cidadania ou, nos seus dizeres “o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade” (Arendt, 1989, p. 332).

⁴³ Grinover *et al.* (2004, p.17).

⁴⁴ Grinover *et al.* (2004, p. 20).

Sob outro prisma, relembra o autor que, ao estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, o Código enuncia o seu caráter inderrogável, ou a sua inafastabilidade pela vontade dos interessados, bem como resgata a imensa coletividade de consumidores da marginalização, não apenas em face do poder econômico, dotando-a de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo⁴⁵.

Nunes (2021), por sua vez, reforça a compreensão de que a edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro. Para ele, sendo uma lei principiológica, criada como um subsistema autônomo, o CDC teria vida própria, não sendo possível interpretar adequadamente a legislação consumerista sem ter em mente o fato de que ela comporta um subsistema que prevalece sobre os demais, sendo, ainda, aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar.

Como lei principiológica, esclarece Nunes (2021, p. 66),

(...) 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 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.

A isso, Nunes (2005, p. 69) acrescenta que o caráter principiológico específico do CDC é um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais, tornando explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais, dos quais, à frente de todos, estaria o superprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), “como especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais e apresentando-se a estes como limite intransponível a toda e qualquer norma de hierarquia inferior”.

Em conclusão, Nunes (2021, p. 70) consigna que

⁴⁵ Grinover *et al.* (2004, p. 24-27).)

(...) as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros normativos da Carta Magna e todas as demais normas do sistema somente terão incidência nas relações de consumo se e quando houver lacuna no sistema consumerista. Caso não haja, não há por que e nem como pensar em aplicar outra lei diversa da de n. 8078. (grifo nosso)

É incontestável, portanto, que milita em favor da defesa do consumidor a normatividade constitucional, na forma de direito e garantia fundamentais, cuja força se espalha por todo ordenamento jurídico pátrio. Paralelamente, ao conferir a denominada natureza principiológica ao CDC, é nítido que o legislador concebeu o supracitado microssistema, de cunho geral e multidisciplinar, para reger todas as relações jurídicas de consumo, devendo prevalecer em relação a todas as outras normas de índole infraconstitucional com ele colidentes. Nesse cenário, Rosa *et al.* (2022, p. 1044) anotam que,

(...) tendo o consumidor direito fundamental a uma proteção eficaz (CF, art. 5º, XXXII), segue-se que tal proteção deve ser efetivada na conformidade da necessidade de se contrabalançar o desnível em relação ao fornecedor, de forma a que se chegue a um equilíbrio na relação de consumo e, desta forma, também se efetive a igualdade entre as partes enquanto preceito fundamental. Não é demais lembrar-se que, ostentando caráter constitucional, a proteção ao consumidor prevalece sobre outras questões ou prerrogativas infraconstitucionais, ou até mesmo prerrogativas genéricas uma vez considerada a relação de consumo um microssistema específico. (grifo nosso)

Nery Júnior (2019), igualmente, reverbera esse pensamento, reafirmando a compreensão de que, por ter esse matiz principiológico, o CDC prepondera sobre toda e qualquer outra lei infraconstitucional quando se tratar de relação de consumo. De acordo com esse autor (2019, pp. 722-723),

(...) Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isso que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor. Assim, sobrevindo lei que regule, v.g., transportes aéreos, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. Não pode, por exemplo, essa lei específica, setORIZADA, posterior, estabelecer responsabilidade subjetiva para acidentes aéreos de consumo, contrariando o sistema principiológico do CDC. Como a regra da lei principiológica (CDC), no que toca à reparação dos danos, é a da responsabilidade objetiva pelo

risco da atividade (art. 6º, no VI, CDC), essa regra se impõe a todos os setores da economia nacional, quando se tratar de relação de consumo. Destarte, 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. Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas. (grifo nosso)

A opção do legislador brasileiro, portanto, foi a adoção de uma lei geral, de natureza principiológica, na clara intenção de, a partir da normatividade constitucional, criar um subsistema, em tese, impermeável a outras regras infraconstitucionais que, eventualmente, desafiem a sua lógica fundamental.

Paralelamente, em seu art. 7º⁴⁶, o CDC abraça a “teoria do diálogo das fontes”, idealizada por Erik Jayme⁴⁷, segundo a qual o Direito deve ser interpretado como um todo, de forma sistemática e coordenada, superando os critérios clássicos de resolução das denominadas antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico) idealizados por Bobbio (1999), os quais, embora dotados de rigor técnico, nem sempre são capazes de oferecer soluções justas ou adequadas ao caso concreto.

Nas palavras de Marques (2010, pp. 62-63),

(...) o nosso método do Diálogo das fontes esclarece a lógica de tutela e proteção especial ao sujeito consumidor do CDC, possibilita uma visão unitária e coerente do direito privado, conforme a Constituição, e eleva a visão do intérprete para o do conjunto sistemático de normas (...). Método é o caminho, o método do diálogo das fontes é uma generosa luz que ilumina o nosso olhar, que nos guia por um caminho justo a seguir (...).

Sob essa ótica, a teoria concretiza, de fato, a metodologia que garante a prevalência da lei consumerista numa situação de conflito normativo, ou, no mínimo,

⁴⁶ “Os direitos previstos neste código 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.”

⁴⁷ O Prof. Dr. Dr. h.c. multi Erik Jayme em muito contribuiu com a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por meio de reiterados atos de atenção e comprometimento com a Universidade, sendo um dos maiores incentivadores e promotores do Convênio de Cooperação entre a renomada Universidade alemã e a UFRGS. Disponível em: [Vista do Curriculum Vitae e Bibliografia de Prof. Erik Jayme \(ufrgs.br\)](#) . Acesso em: 2 maio 2023.

impõe que os princípios constitucionais balizadores da relação de consumo (dignidade da pessoa humana, liberdade, justiça real, solidariedade, isonomia etc.) sejam interpretados com o sentido que lhes confira a maior eficácia e, ainda, que os princípios infraconstitucionais previstos no CDC (dignidade, proteção à vida e à saúde, segurança, proteção, transparência, harmonia, vulnerabilidade, liberdade de escolha, boa-fé, intervenção estatal, dever de informar, proteção contra publicidade enganosa ou abusiva e contra outras práticas abusivas, conservação, revisão, reparação integral, mínimo existencial, responsabilidade solidária e outros) sejam obrigatoriamente considerados para orientar o aplicador do direito na busca da solução correta e constitucionalmente adequada.

A propósito do tema, Marques (2009, pp. 89-90) esclarece que

(...) Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours, II, p. 60 e 251 e ss.). O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'. 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Aprofundando o conceito, a mesma autora (2010) defende a existência de três tipos de diálogos possíveis: a) uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência); b) uma lei pode servir de complementação para a outra (diálogo de complementariedade e subsidiariedade); e c) uma lei pode influenciar, recíproca e sistematicamente a outra (diálogo das influências recíprocas sistemáticas). Em todas as situações, entretanto, ainda que mais de uma norma possa

ter incidência sobre um mesmo fato jurídico, todas devem convergir com a principiologia enunciada.

A conclusão, portanto, é que, numa relação de consumo, é possível se aplicar uma norma que esteja fora do CDC, cumulativa ou isoladamente, para se atender ao chamado da ordem jurídica justa, em benefício do consumidor, parte presumidamente vulnerável e constitucionalmente protegida. *Contrario sensu*, não é apropriado ou tecnicamente correto se aplicar uma disposição de uma lei mais nova e setorial (dita especial), sem que sejam considerados os princípios constitucionais e aqueles outros previstos na lei principiológica, cujo espírito é a harmonização desse tipo de relação jurídica a partir do reconhecimento da existência de uma parte hipossuficiente.

Com isso, considera-se equivocada a compreensão de Tartuce (2012), no sentido de que, pela tese do diálogo das fontes, "supera-se a ideia de que o Código Consumerista seria um microssistema jurídico, totalmente isolado do Código Civil de 2002". Ao revés, vislumbra-se um cenário em que a aplicação do Código Civil ou de outra norma qualquer reclama, inexoravelmente, um diálogo coerente, complementar ou sistemático com a principiologia do microssistema.

A propósito, ao comentar o art. 7º do CDC, o Professor Filomeno é categórico:

(...) em verdade, não se pode dizer que haja um 'Direito do Consumidor', assim como existe um 'Direito Penal', 'Direito Civil', 'Direito Comercial' etc. Cuida-se, em última análise, de microssistema jurídico, na medida em que não apenas convive com outros institutos preexistentes e encerrados nos corpos de normas mencionados, como também cria enfoque próprio (cf. Art. 4º) e aperfeiçoa outros institutos jurídicos, como no caso dos vícios redibitórios, responsabilidade civil, teoria geral dos contratos e tutela coletiva dos consumidores"⁴⁸. (grifo nosso)

2.5 A Dimensão Coletiva da Relação de Consumo

Para além da principiologia do CDC, da edificação do subsistema jurídico e da permeabilidade ao diálogo das fontes, outro ponto de extrema relevância para a compreensão do Direito do Consumidor é a necessidade de consideração da dimensão coletiva da relação de consumo⁴⁹.

⁴⁸ Grinover *et al.* (2004, p. 157).

⁴⁹ Há quase 20 anos, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira já anunciava a emergência da coletivização do Direito em geral: "Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se

Como ponto de partida, Almeida (1997, p. 106) relembra que “o direito do consumidor, corolário do reconhecimento da necessidade de defesa do consumidor, nasce dentro da perspectiva histórica de que vivemos em uma sociedade de massa”, o que traduz uma lógica comercial que envolve a produção em série e o consumo massificado e de adesão. O consumidor simplesmente adere ou não adere; opta ou não pelo produto colocado no mercado, que é produzido sem a sua interferência direta, nem é pensado para atender, de forma individual, pessoal ou específica, exatamente aquilo que o comprador quer ou precisa.

Para Bourgoignie (1993, p. 13),

(...) O fenômeno do consumo alude mais a uma função do que a um simples ato técnico; ele se reveste em consequência de uma dimensão coletiva, ele é constituído de um conjunto de atos individualmente praticados e repetidos por um número de indivíduos. O consumidor não pode em consequência ser considerado como um parceiro de trocas individualizadas; ele é também o quarto polo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e ele partilha, a este título, os interesses coletivos, similares mas dispersos, dos indivíduos que compõem o grupo econômico ‘consumidor’.

Como consequência, adverte Garcia (1998) que

não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla – coletiva! Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresentou algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à sombra coletiva de que falamos.
(...) Portanto, a dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. (grifo nosso)

Essa perspectiva também é capturada por Nunes (2021, p. 69), para quem as relações jurídicas de consumo estão “atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso”. Igualmente alerta que se deve ter sempre presente que essas relações jurídicas são prefixadas unilateralmente por uma das partes, vinculando, de uma só vez, milhares de consumidores.

juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só.” (Temas de Direito Processual: 3ª Série. SP: Saraiva, 1984, p. 173).

Mais até do que o caráter coletivo, enraizado em várias normas dispostas no CDC, é essencial vislumbrar também a sua dimensão pública, haja vista que a atuação jurisdicional no âmbito do Direito do Consumidor consubstancia nada mais do que uma necessária intervenção do Estado no domínio econômico, sendo o CDC, obviamente, um instrumento de regulação do Estado.

A esse respeito, Martins (2011) observa que “(...) além da função de direito fundamental, a defesa do consumidor tem papel relevante na ordem econômica, postando-se como princípio conformador e legitimador da autonomia privada, antes de sê-lo meramente limitador”. Segundo o autor, o aspecto *conformador* advém da necessidade de alinhamento da ordem econômica com as diretrizes constitucionais compreendidas como relevantes aos valores democráticos⁵⁰. Já em relação ao prisma *legitimador*, ele pondera, a partir da lição de Eros Grau, que decorre da adequação entre o comando normativo e o sentido admitido e consentido no plexo social, a partir da verificabilidade coletada como justificadora da norma jurídica.

Em complemento, Grau (2004, p. 225) sublinha que

(...) A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra 'acumulai, acumulai' impõe o ditame 'consumi, consumi', agora, porém, sob proteção jurídica de quem consome) afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura no parágrafo único, II, do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável.

Não é outra a razão pela qual Efig e Bradbury (2021, p. 42) defendem a compreensão de que

(...) Deve-se, então, abandonar a ideia de que a defesa do consumidor se trata de direito exclusivamente privado, pautado no dogma da soberania da autonomia da vontade. Isso porque o já ressaltado mandamento constitucional, previsto no art. 5º, XXXII, da CF/88, transforma-o em nítido direito social, de ordem pública, de caráter inalienável e, inclusive, cláusula pétrea, insuscetível de limitação por parte da atuação do legislador constituinte derivado.

⁵⁰ O autor invoca Vital Moreira (*Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979, p. 41) para quem a Constituição econômica é "o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica".

Ao mesmo tempo em que a dimensão coletiva justifica a importância da defesa do consumidor como categoria constitucionalmente relevante, também é fator de conformação da ordem econômica, pois, como arremata Martins (2011, p. 182), “o consumidor não é visto individualmente, senão de forma coletiva, especialmente para a tomada de decisões no nível de investimento, incremento, produção, publicidade e políticas de distribuição”.

Nesse contexto, revela-se fundamental que o aplicador do direito, ao se deparar com uma relação típica de consumo, compreenda e avalie a dimensão pública, coletiva e, sobretudo, constitucional dos valores que estão sendo protegidos, a fim de que se busque solução que seja adequada não apenas sob o panorama individual das partes, mas também e, especialmente, ao problema em sua profundidade coletiva.

De fato, a realização da defesa do consumidor reclama do jurista a busca pela maior efetividade do direito (e garantia) constitucional, assim como a aplicação da norma infraconstitucional a partir da visão da dimensão coletiva da relação de consumo. Como resultado, assevera Barroso (2001, p. 84), tem-se “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela (a efetividade) representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* e o *ser* da realidade social”, evitando, com isso, que o consumidor tenha prerrogativas apenas aparentes ou direitos existentes apenas no papel⁵¹.

2.6 A Vulnerabilidade como Pilar

Após prescrutar a origem, o fundamento legal, a natureza jurídica e a dimensão metaindividual, ou seja, os elementos que conformam externamente o Direito do Consumidor, é tempo de se olhar para o pilar que revela a sua essência: o conceito de vulnerabilidade do consumidor⁵².

⁵¹ Sobre o tema, ver também Dimenstein, Gilberto. *O cidadão de papel*. 19. ed. SP: Ática, 2001.

⁵² De acordo com Frédérique Fiechter-Boulvard, o sentido etimológico provém do latim *vulnus*, *vulnerare*, significando *aquele que pode ser ferido* (La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 14.) e, segundo Miragem (2020, p. 234), indica a fragilidade de indivíduos ou grupos decorrente de uma qualidade pessoal (criança, idoso); de uma determinada posição em relação jurídica identificada (caso do consumidor na relação de consumo), ou em razão de determinada conjuntura social (vulnerabilidade conjuntural), como ocorre no caso das situações de discriminação estrutural em razão da raça ou de sexo ou orientação sexual.

Pontuando esse traço intrínseco, Miragem (2020, p. 233) afirma que

(...) O direito do consumidor constrói-se em torno da vulnerabilidade. Só há razão de haver um direito especial fundante de uma ordem pública de proteção, frente a um critério que legitime a diferenciação. (...) A ordem jurídica defende o consumidor porque reconhece a necessidade de fazê-lo, identificando sua situação desigual em relação aos demais agentes do mercado (os fornecedores). Seu propósito fundamental é promover o equilíbrio das partes na relação de consumo, mitigando os efeitos de uma relação de subordinação estrutural do consumidor ao fornecedor (igualdade) de modo a assegurar sua regular ação na realização de seus interesses legítimos no mercado (liberdade).

Da mesma forma, Calais-Auloy (1996, p 16), numa das obras mais influentes do direito do consumidor no mundo, pondera que

(...) A existência do direito do consumidor se baseia numa constatação tríplice: a) os consumidores estão naturalmente em posição mais fraca em relação aos profissionais; b) a lei tem a função de proteger o fraco contra o forte; c) o direito civil clássico é impotente para assegurar a proteção dos consumidores.

No direito brasileiro, em que pese o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador como princípio trabalhista desde meados do século passado, a identificação da vulnerabilidade e a sua internalização no ordenamento jurídico nacional “resulta da incorporação de certa visão de solidariedade social – (...) a partir da Constituição da República –, rompendo com a visão exclusivamente individualista que marca a tradição do direito privado” (Miragem, 2020, p. 234).

Formalmente, seu marco é o art. 4º, I, da Lei n. 8.078/1990, que define “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo. Assim, arremata o autor, “a vulnerabilidade do consumidor é em si, um fato, cujo reconhecimento é definido como princípio, por lei. Também a doutrina acolheu a vulnerabilidade como um princípio jurídico fundante do direito do consumidor – conforme Miragem (2020, p. 198) – caminho igualmente trilhado pela jurisprudência”⁵³.

⁵³ “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.” (REsp 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 17/4/2007, DJe 19/3/2009).

Nessa perspectiva, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor associa-se a critérios ou fundamentos para, na expressão de Esser (1990, p. 51), “a justificação de uma determinada ordem” e, de acordo com Larenz (1997, p. 599), “são ideias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência”.

Segundo Ferraz Júnior (2015), o princípio da vulnerabilidade espraia efeitos de diferentes níveis – desde a conformação da definição de conceitos até a determinação da interpretação dos dispositivos pertencentes ao microsistema –, tendo Miragem (2019, p. 238) destacado suas três funções essenciais:

(...) a) a função de delimitação conceitual, que visa circunscrever o âmbito de incidência do CDC, em especial no tocante às pessoas jurídicas; b) a função interpretativa, que informa a interpretação das normas do CDC, em especial para efeito de assegurar sua finalidade de proteção do consumidor vulnerável; e c) a função diferenciadora, pela qual rejeita-se aplicação incompatível com o fundamento das normas de proteção do consumidor (reequilíbrio de relações desiguais), assim como distingue, qualitativamente, entre os próprios interesses protegidos (vulnerabilidade existencial e vulnerabilidade patrimonial), para efeito, inclusive, de melhor seleção dos seus instrumentos de tutela.

A primeira delas define o próprio conceito de consumidor e, via de consequência, delimita a relação de consumo e o âmbito de aplicação do CDC. Para tanto, os critérios adotados para a concreção do que seja destinatário final ou para a equiparação legal (art. 29) com a finalidade de aplicação das normas consumeristas devem ser orientados, inexoravelmente, pelo princípio da vulnerabilidade.

A segunda função orienta e conforma a interpretação das normas legais e do contrato de consumo. A partir desse exercício, inclusive, perfaz-se a tarefa de atualização do sentido normativo frente às transformações do mercado de consumo, ou seja, a atualização da lei a partir da interpretação das novas situações mantendo-se o parâmetro universal de reconhecimento da vulnerabilidade.

Finalmente, pela função diferenciadora perfaz-se a distinção da posição de diferentes consumidores e as situações paritárias, cuja exclusão do âmbito de aplicação do CDC se justifica pela ausência de vulnerabilidade dos contratantes, bem como delimita-se situações em que, presente a vulnerabilidade, a solução interpretativa deve obrigatoriamente resultar, a partir do seu reconhecimento, na efetiva proteção do consumidor.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece, portanto, o princípio da vulnerabilidade como referencial de eficácia e de efetividade das normas que compõem o Direito do Consumidor, impondo-se como imperativo ético-axiológico, de molde a assegurar, por meio das suas funções jurídicas, a precisão conceitual, a efetividade da norma e, ainda, a atualização e desenvolvimento do Direito.

3 O PAPEL RESERVADO AO PODER JUDICIÁRIO NA ESTRUTURA LIBERAL

3.1 A Ideologia como Determinante do Agir Estatal

Stoppino (1998), ao desenvolver o verbete inserido no icônico Dicionário de Política, considera que

(...) Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela frequência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos. No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinear, entretanto, duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado que Norberto Bobbio se propôs a chamar de “significado fraco” e de “significado forte” da Ideologia. No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante da falsa consciência de uma crença política. (grifo nosso)

E é esse significado forte que interessa à presente investigação, pois é nele que estão relacionadas as ideias de dominação, de prevalência de particulares interesses e de determinação de um agir destinado à conservação de ideias e valores específicos.

Seguindo essa trilha, Chauí (2008) também ressalta o caráter multifacetado do conceito de ideologia, definindo-a como “um conjunto lógico, sistemático e coerente, de representações (ideias e valores) e normas ou regras de conduta que indicam aos membros da sociedade o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer.” E afirma, ainda, “a ideologia é o processo pelo qual as ideias da classe dominante tornam-se ideias de todas as classes sociais, tornando-se ideias dominantes”. (grifo nosso)

A ideologia constitui, portanto, poderoso instrumento de dominação, na medida em que consegue legitimar a ordem estabelecida pela adesão das classes subalternas aos valores e padrões de comportamento em vigor. Essa adesão se processa, via de regra, através de mecanismo denominado de “internalização”, ou “interiorização”, que Lyra (2023) sintetiza da seguinte forma:

(...) a ideologia da classe dominante, ao se irradiar a toda a sociedade, é assimilada pelos integrantes das classes dominadas, que fazem suas as ideias dos dominantes. Frequentemente, esta penetração da ideologia faz com que as classes subalternas, ao interiorizar os valores que interessam ao capital, assumam *ipso facto* uma postura psicológica, e um comportamento correspondente de quem considera autênticos esses valores.

Além do aspecto hegemônico, traduzido sob a forma de dominação de uma classe social sobre outras, a ideologia privilegia interesses determinados, percepção que é registrada por Willems (1961), em seu Dicionário de Sociologia, ao defini-la como “um sistema de ideias peculiar a determinado grupo e condicionado, em última análise, aos interesses desse grupo”, e pontuar, ainda, a sua função de conquistar ou a conservar um determinado *status* social do grupo e de seus membros. Na mesma toada, Gusmão (1983, p. 130) assinala que

(...) a ideologia é forma de pensamento, sentir e agir, correspondente aos interesses do grupo, destinada a perpetuá-lo em uma dada condição. Sistema de ideias e de reformas sociais defendido pelos partidos políticos ou pelos grupos sociais. Formas de pensamento, sentir e agir provocadas pelos interesses do grupo. Sistema de ideias destinado a explicar o fato social, modificá-lo, aperfeiçoá-lo, transformá-lo ou destruí-lo.

Nesse sentido, a percepção das coisas é diretamente afetada, assim como os seus valores. A ideia e o valor do que é justo, da justiça, são diretamente influenciados e interiorizados a partir de uma diretriz ideológica, sendo relativos num determinado contexto, lugar e processo histórico. O sentimento do que é justo – ou não – é desta forma, alcançado a partir da ideologia internalizada no coração do indivíduo e, logicamente, dos agentes que compõem as estruturas de poder. Logo, determinados interesses, de acordo com a moldura ideológica prevalente serão socialmente protegidos, como forma de exacerbação daquilo que se ajusta como justo e valioso.

Loewenstein (1953, p. 53) acresce ao conceito outro aspecto, o da determinação de condutas, ao cravar que “a ideologia é um sistema coerente de ideias e de crenças, explicando a atitude do homem em relação à sociedade e conduzindo a adoção de um modo de comportamento que reflete essas ideias e essas crenças e que a elas se conformam”. Mesmo sentido que é replicado por Schaaf (1966), para quem “ideologia é um sistema de opiniões que, fundado sobre um sistema de valor, determina as atitudes e o comportamento a respeito dos objetivos desejados de desenvolvimento da sociedade, do grupo social ou do indivíduo” (grifos nossos).

Se a construção de uma ideologia hegemônica é capaz de propiciar a dominação de um grupo humano sobre outro, de ensejar a prevalência de interesses de determinados grupos e, também, de determinar um agir destinado à conservação de determinadas ideias e valores particulares, a existência de uma ideologia impregnada no discurso político-social, contaminando as estruturas de poder, é capaz de explicar, ao menos parcialmente, a atuação dos agentes públicos, incluindo, por óbvio, aqueles que integram o Poder Judiciário. Ou, nas palavras de Rosa (1999, p. 134), “o aparelho judicial de uma determinada sociedade é um produto ideológico”.

Como consequência, a organização e competência, a formação dos membros, a forma e os requisitos para ingresso na carreira – assim como uma certa padronização do julgamento de questões submetidas ao crivo judicial – submetem-se a esses condicionamentos ideológicos. O produto, igualmente, dos julgamentos nada mais é do que o reflexo da ideologia prevalecente no meio social, da visão de mundo trazida por ela, condicionando, como já ressaltado, o sistema de ideias, valores e crenças de toda a sociedade.

Embora do ponto de vista formal isso nada tenha de negativo, pois fruto de uma realidade histórica, a incorporação social de uma ideologia que promove os valores econômicos como entidades supremas traz como resultado a promoção de interesses específicos e a determinação da ação dos indivíduos sempre no sentido de privilegiar essas grandezas.

No que interessa ao presente trabalho, o arcabouço ideológico construído a partir das ideias liberais exsurge como justificativa plausível para o fenômeno de esvaziamento do conteúdo jurídico relacionado à defesa do consumidor, na medida em que a sublimação dos interesses econômicos favorece a ultrapassagem dos limites impostos pela estruturação jurídica de proteção do consumidor, superando, inclusive,

princípios incorporados até mesmo na Constituição Federal, para renegar a importância da defesa de outros valores senão os interesses essencialmente econômicos.

A noção de progresso, de riqueza e de mérito, submersa numa supervalorização do capital, da propriedade, amolda a concepção do justo, fazendo com que valores econômicos sejam entendidos como mais importantes e fundamentais do que valores sociais.

Em relação à dimensão histórica, Kosic (1969, p. 15) entende que os homens constroem, sobre uma determinada realidade, visão ilusória desta, e essa construção ideológica é sempre explicável pelas condições concretas e específicas do período histórico e do tipo de sociedade em que vivem. Por isso “a representação da coisa não constitui uma qualidade natural das coisas e da realidade: é a projeção, na consciência do sujeito, de determinadas condições históricas petrificadas”. Ponto que é reforçado por Marx (1975, p. 23), um dos teóricos que mais aprofundaram o conceito de ideologia, ao afirmar que “os homens produzem suas relações sociais de acordo com a sua produção material e criam também as ideias, as categorias, ou seja, as expressões abstratas dessas mesmas relações sociais. E estas categorias são tão pouco eternas como as relações que exprimem. São produtos históricos transitórios”.

Daí por que a análise do processo histórico assume enorme relevância para o entendimento de como funciona o processo de ideologização, ou de internalização da ideologia, que é exatamente o que se pretende a partir deste ponto.

3.2 A Consolidação da Economia de Mercado e a Formação da Base Ideológica de um Mundo Capitalista

Durante o período de consolidação, a economia de mercado capitalista, que se ampliava significativamente em áreas muito importantes da produção e do comércio, reclamava uma ideologia que justificasse o comportamento baseado na iniciativa individual e a afirmação de que os motivos pessoais e egoístas eram as causas básicas, senão as únicas, que levavam o homem a agir.

Nesse período, ao mesmo tempo em que um número maior de capitalistas buscava desatar as amarras das restrições e regulamentações mercantilistas que beneficiavam as grandes corporações de comércio, bem como o paternalismo cristão,

que condenava a ambição e a usura, número crescente de pensadores rejeitavam a antiga visão paternal do Estado e construíam as bases teóricas do individualismo.

Com o lucro assumindo papel central na lógica comercial, um novo padrão ético começa a se solidificar, tendo o conceito de vocação profissional como base motivacional do novel sistema econômico, no qual o “espírito capitalista”, na perspectiva sociológica de Weber (2020), se articula a uma ética de vida em torno dos deveres morais da dedicação ao trabalho e da busca da riqueza.

A esse respeito, Hunt (2013, p. 62) sublinha que

(...) Essa interpretação do comportamento humano é expressa nas obras de muitos pensadores importantes da época. Muitos filósofos e teóricos sociais começaram a afirmar que todo ato humano estava relacionado com a autopreservação e que, por isso, era egoísta, no sentido mais puro do termo. O nobre inglês Robert Filmer ficou muitíssimo espantado com o grande número de pessoas que falava de ‘liberdade natural da humanidade, uma opinião nova, plausível e perigosa’, com implicações anarquistas. Leviathan, de Thomas Hobbes, publicado em 1651, articulou objetivamente uma opinião, bastante difundida, de que todos os motivos humanos advinham de um desejo por tudo que promovesse o ‘movimento vital’ do organismo (homem). Hobbes acreditava que os motivos de todas as pessoas – até mesmo a compaixão – eram meramente diversos tipos de autointeresse disfarçado: ‘A tristeza com a calamidade dos outros é piedade e deriva da imaginação de que a mesma calamidade pode acontecer consigo mesmo; assim, é chamada de compaixão e de solidariedade’.

Esse movimento de ruptura também foi descrito por Oliveira e Koury (2018, p. 249):

(...) O modelo ético das civilizações antigas, baseado no altruísmo, na máxima de Platão ‘não devemos fazer aos outros o que não queremos que eles nos façam’ e no ensinamento evangélico de que o reino de Deus pertence aos pobres, foi desconstruído pelo capitalismo, que os substituiu pelo princípio ético (ou aético) supremo da busca de cada indivíduo pelo próprio interesse material, esforçando-se para alcançar a sua felicidade, mesmo que em detrimento do restante da sociedade.

E por Comparato (2013, p. 51):

(...) Em suma, segundo a concepção egoísta, é inútil procurar uma felicidade coletiva, como ensinaram os filósofos gregos, pois a sociedade nada mais é do que uma coleção de indivíduos. O que importa é que cada qual se esforce para alcançar, racionalmente, sua

própria felicidade pessoal. Com base em tais orientações, como ninguém ignora, o sistema capitalista sempre funcionou tendo em vista o interesse próprio dos empresários, desconsiderando inteiramente o bem comum da coletividade, de modo geral, e os direitos dos trabalhadores e consumidores, em especial.

Como alegoria derivada dessa drástica alteração no modelo ético trazida pelo liberalismo, conforme destaca Sandroni (1999, p. 347), figura o conceito de *homo economicus*, um agente racional que toma decisões de forma lógica e consistente para maximizar sua utilidade ou benefício. Modelo que presume que os indivíduos agem motivados por seus próprios interesses pessoais e procuram maximizar o seu próprio bem-estar material, sem levar em consideração a preocupação com terceiros, a não ser que isso o beneficie diretamente. Sob a ótica liberal, esse sujeito, livre do Estado e da pressão de grupos sociais, poderia realizar sua tendência natural de alcançar o máximo de lucro com o mínimo de esforço.

Essa guinada ético-ideológica representou uma ruptura essencial na forma das relações entre as instituições e a sociedade e a economia, pois o elemento lucro exsurge como elemento central nessas conexões. Até então, conforme anota Polanyi (2021, p. 105), o ganho e o lucro feito nas trocas jamais desempenharam um papel importante na economia humana e, embora a instituição do mercado existisse desde as priscas eras, seu papel era apenas incidental na economia. Segundo o autor:

(...) nunca existiu nenhuma economia que, mesmo em tese, fosse controlada por mercados. Apesar do coro de fórmulas acadêmicas que foi tão persistente no século XIX, vantagens e lucros obtidos na troca nunca haviam desempenhado, até então, um papel importante na economia humana. Embora a instituição do mercado exista desde o final da Idade da Pedra, seu papel sempre foi secundário na vida econômica.

De acordo com as constatações reveladas pelo autor do clássico *A grande transformação*, nas sociedades primitivas o interesse econômico não tinha valor e todos os sistemas econômicos conhecidos até o final do período feudal na Europa ocidental eram organizados com base nos princípios da reciprocidade ou da redistribuição ou da domesticidade, combinados ou não. Ou seja, as economias tradicionais eram instrumentalizadas a partir de uma organização social que adotava padrões de simetria (reciprocidade), centralização (redistribuição) e autarquia (domesticidade).

Estruturada dessa forma, a produção e a distribuição ordenadas de bens eram asseguradas por uma grande variedade de motivações individuais, disciplinadas por princípios gerais de conduta. Entre tais estímulos, entretanto, o ganho não era proeminente. O costume, o direito, a magia e a religião cooperavam para induzir o indivíduo a cumprir regras de comportamento que, ao final, assegurava a sua participação funcional no sistema econômico. O aspecto essencial das economias que antecederam a formação dos mercados autorregulados foi condensado na seguinte constatação:

(...) A descoberta mais notável da pesquisa histórica e antropológica recente é que a economia humana, em regra, está enraizada em suas relações sociais. O homem não age pra salvaguardar seu interesse individual na posse de bens materiais; age para salvaguardar sua posição social, suas reivindicações sociais, seu patrimônio social. Valoriza os bens materiais apenas na medida em que eles servem para esse fim. Nem o processo de produção nem o de distribuição estão ligados a interesses econômicos específicos, associados à posse de bens. Cada passo nesse processo é guiado por alguns interesses sociais que acabam por garantir que a atividade necessária seja realizada. (Polanyi, 2021, p. 108)

Até o surgimento das bases do capitalismo a economia sempre esteve integrada aos interesses sociais. Os mercados existentes se subordinavam às instituições. Com a ascensão das economias de mercado, como veremos, as instituições passaram a se subordinar à toda uma lógica econômica capitalista. De fato, a consolidação da economia de mercado, bem como da retratada mudança de padrão ético para um paradigma individualista, foi, portanto, impulsionada por esta nova ideologia que consagra, como valores fundamentais, o enaltecimento e a proteção da propriedade privada e um conceito de liberdade fundado na ideia de uma proteção do indivíduo frente ao poder político, que, por sua vez, deve se ater a organizar uma estrutura de poder que sirva apenas para garantir determinados direitos individuais essencialmente ligados aqueles valores, isto é, à segurança da propriedade e ao resguardo da liberdade individual.

Essa ideia permeia, na essência, a passagem do homem em “estado de natureza” para a “formação da sociedade”, cultivada pelos pensadores centrais do liberalismo clássico (contratualistas), conforme denota o excerto capturado da imortalizada obra de Locke (2011, p. 156):

(...) Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros.

(...) não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando à salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade⁵⁴.

O liberalismo, em seu aspecto político, forneceu o arcabouço ideológico de justificação dessa nova realidade econômica, tendo a propriedade como elemento central, e, em seu aspecto econômico, a ideia de que a economia possui leis universais e imutáveis que devem ser descobertas e respeitadas. Sobre o assunto, Sandroni (1999, p. 347) esclarece que

(...) O pensamento econômico liberal constitui-se, a partir do século XVIII, no processo da Revolução Industrial, com autores como François Quesnay, estruturando-se como doutrina definitiva nos trabalhos de John Stuart Mill, Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus, J. B. Say e F. Bastiat. Eles consideravam que a economia, tal como a natureza física, é regida por leis universais e imutáveis, cabendo ao indivíduo apenas descobri-las para melhor atuar segundo os mecanismos dessa ordem natural. (grifo nosso)

Ainda segundo o autor (1999),

(...) o liberalismo foi a doutrina que serviu de substrato ideológico às revoluções antiabsolutistas que ocorreram na Europa (Inglaterra e França, basicamente) ao longo dos séculos XVII e XVIII, e à luta pela independência dos Estados Unidos. Correspondendo aos anseios de poder da burguesia, que consolidava sua força econômica ante uma aristocracia em decadência, amparada no absolutismo monárquico, o liberalismo defendia: 1) a mais ampla liberdade individual; 2) a democracia representativa com separação e independência entre três poderes (executivo, legislativo e judiciário); 3) o direito inalienável à propriedade; 4) a livre iniciativa e a concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos e gerar o progresso social.

⁵⁴ “Estado de natureza” é a denominação de uma situação hipotética que precede o aparecimento da sociedade civil e à criação do Estado. É o termo usado pelos pensadores contratualistas – como Locke, Hobbes, Rousseau e outros – para se referir ao momento anterior ao pacto social, à formação do também hipotético contrato civil que dá origem à sociedade.

Do ponto de vista político, ante o objetivo de proteção da propriedade, aliada a uma visão pessimista em relação ao exercício do poder sobre os indivíduos, exsurge naturalmente a necessidade de estabelecer limites potestativos, por meio de um conjunto de normas, que culminariam por alçar a propriedade privada e a liberdade individual ao patamar de direitos civis. A valorização da livre determinação dos indivíduos, especialmente em relação à utilização da propriedade, só encontraria restrições na liberdade dos outros membros da sociedade.

Do ponto de vista econômico, destaca-se o princípio do *laissez-faire*, segundo o qual não haveria lugar para a ação econômica do Estado, que deve apenas garantir a livre-concorrência entre as empresas e o direito à propriedade privada.

A esse respeito, Sandroni (2008, p. 368) anota que “os liberais econômicos clássicos veem na liberdade econômica, com um mecanismo impessoal do mercado, o caminho a harmonizar os interesses individuais”. Assim, o mercado e as suas relações de troca seriam dados estáveis por natureza, razão pela qual a interferência do Estado criaria, artificialmente, desequilíbrios nas relações econômicas, violando, com isso, as anunciadas leis “naturais”.

O pensador croata radicado na Itália Danilo Zolo aponta como amálgama desses dois aspectos aquilo que classifica como um “binômio filosófico”. De um lado, o *pessimismo potestativo* – referindo-se ao poder político (historicamente expresso pelas figuras dos reis, dos imperadores, do parlamento e do povo), que seria, simultaneamente, necessário e perigoso, na medida em que atua constantemente ameaçando a liberdade dos indivíduos; e o *otimismo normativo* – que aponta o direito e a normatização (juridicização) do Estado como os instrumentos de mitigação do poder político (Zolo, 2006, p. 39).

O pessimismo potestativo, que aproxima as duas faces do liberalismo – política e econômica – atua no sentido de limitar a ação política social sob a justificativa de que a intervenção do poder é, em regra, deletéria. Assim, sob o aspecto político, a livre determinação individual seria limitada apenas pela liberdade e segurança dos demais sujeitos, de molde a atingir os objetivos econômicos. O otimismo normativo, a seu turno, aponta o Direito como instrumento de limitação do poder central.

Fundado a partir dessas bases teóricas, o Estado de Direito se transforma, desde a sua concepção, em torno do século XVIII, num instrumento necessário para a legitimação do poder na forma prescrita pelo ideário liberal, fundindo tanto as noções

do liberalismo político, quanto as do liberalismo econômico. A formação das sociedades, com a conseqüente aproximação dos mais diversos indivíduos, reclamava a consolidação do Estado como ferramenta para a manutenção da paz social, baseada, nesse primeiro momento, na proteção da propriedade e na não interferência de uns na liberdade de outros.

A liberdade possível no estado de natureza é precária e indeterminada, impedindo um gozo pacífico e seguro. Precária, na medida em que inexiste um poder legal e legítimo capaz de controlar os indivíduos. E indeterminada porque ninguém tem legitimação para o exercício do poder, da força, contra os outros sujeitos. O que induz à uma realidade em que os melhores (os mais fortes ou os mais inteligentes) podem facilmente sucumbir frente aos piores. O liberalismo se coloca contra essa realidade e o Estado surge como remédio a esse mal.

A relação é siamesa, pois o liberalismo, ao mesmo tempo que constitui a expressão ideológica que concebe o Estado de Direito, é também por ele instrumentalizado. Se por um lado mede a liberdade pelo conjunto de ações que os indivíduos podem ter sem a obstrução de outros sujeitos, sendo maior a liberdade em razão do conjunto de ações possíveis, por outro avoca a presença do Estado para impor limites aos interesses e ações conflitantes, por meio das leis.

Questão central, portanto, do pensamento político-filosófico liberal é o conceito de liberdade. E a atuação do Estado, nesse contexto, pressupõe definições acerca da natureza da liberdade que deve ser protegida e, em especial, do limite dessa liberdade. Essas são as questões originais cujas respostas lapidam as estruturas políticas do Estado e conduzem a sua atuação desde o seu surgimento.

3.3 A Liberdade Liberal

Nascido, portanto, submerso nesse ideário liberal, o denominado Estado de Direito molda-se a partir de uma organização apta a garantir os direitos individuais e que, considerada a preocupação com a limitação do exercício de poder sobre os indivíduos, é colocada em prática por meio de uma normatização que eleva a propriedade privada e a liberdade individual ao patamar de direitos civis.

Originalmente, a ideia de liberdade cunhada por Locke (2011) parte da noção de um agir limitado pelo próprio consentimento do homem. Segundo o autor (2011, p.

95), a liberdade seria uma ação não proibida pelo Estado, ou seja, aquela que não é inibida pela lei, conforme se observa na seguinte passagem da sua obra mais conhecida:

(...) A liberdade do homem na sociedade não deve estar edificada sob qualquer poder legislativo exceto aquele estabelecido por consentimento na comunidade civil; nem sob o domínio de qualquer vontade ou constrangimento por qualquer lei, salvo o que o legislativo decretar, de acordo com a confiança nele depositada. Portanto, a liberdade não é o que Sir Robert Filmer nos diz, O. A. 55 (*Observations on Aristotle*), “uma liberdade para cada um fazer o que quer, viver como lhe agrada e não ser contido por nenhuma lei”. Mas a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecida. É a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem.

Nesse sentido, a liberdade do ponto de vista dos direitos civis (fundados na liberdade individual: expressão, pensamento, fé, locomoção, propriedade, contratar etc.) decorre da capacidade do agir individual com o menor número de restrições por parte do Estado. Disso sucede que a liberdade do indivíduo decorre de um não agir, ou, nas palavras de Zolo (2006, p. 43), “o Estado de Direito concede a sua proteção essencialmente aos direitos civis, enquanto coincidentes com a dimensão da ‘liberdade negativa’”. Essa ideia compõe um elemento que determina uma relação peculiar: a liberdade liberal exsurge como consequência da inação do Estado. A relação dos indivíduos com a liberdade é negativa, significando a amplitude de ações possíveis dos indivíduos sem a obstrução pelos demais, ou seja, quanto maior o conjunto de ações possíveis, maior a liberdade do sujeito.

Em seus destacados ensaios, Berlin (1969, pp. 87-88) dissecou o conceito de liberdade, segmentando-o em dois tipos, a partir dos seguintes questionamentos e, em seguida, definindo-os:

(...) O primeiro sentido político de liberdade, que (com base em muitos precedentes) chamarei de “negativo”, vem incorporado na resposta à pergunta “Qual é a área em que o sujeito – um indivíduo ou um grupo de indivíduos – está livre, ou se deveria permitir que fosse, da interferência dos outros?”

O segundo, que chamarei de positivo, vem incorporado na resposta à pergunta “O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa e não outra?”

[...] Liberdade Negativa – sou livre na medida em que ninguém ou nenhum grupo interfere com minhas atividades. A liberdade política neste sentido, é simplesmente a área em que posso agir sem sofrer limitações de terceiros. Ao contrário, coerção significa a interferência deliberada de outros seres humanos na área em que eu poderia, de outra forma, agir. Não se possui liberdade política quando se está sendo impedido por outros de alcançar um objetivo.

Liberdade Positiva – o que torna plausível esse tipo de linguagem é o reconhecimento de que é possível, e às vezes justificável, coagir os indivíduos em nome de algum objetivo (digamos justiça ou bem-estar público) que eles mesmos buscariam se fossem mais esclarecidos. Isso torna mais fácil aceitar que estou coagindo outros em seu próprio benefício, e não em meu interesse; e que sei mais que eles próprios, do que realmente necessitam.

Na visão desenvolvida pelo autor, a tipologia conceitual é determinada segundo a ingerência nas liberdades individuais. Enquanto a liberdade negativa se refere ao espaço em que o indivíduo goza da sua liberdade sem a coação ou a interferência de terceiros, a positiva admite que a coação ou interferência externa é bem-vinda, ou até mesmo necessária, à garantia da liberdade. Assim, ainda segundo Berlin (1969, p. 28), uma sociedade somente é livre se duas condições conexas estiverem presentes: primeiramente, que nenhum poder, mas apenas os direitos sejam considerados absolutos; sucessivamente, que o campo de liberdade dos sujeitos possua um conjunto de obstáculos significativos para que seja invadido e esses entraves devem ser legítimos, sustentados por normas amplamente aceitas. Com isso, arremata: “a liberdade de uma sociedade, ou de uma classe ou grupo é medida pela força dessas barreiras, e pelo número e importância dos caminhos que se mantêm abertos para seus membros – se não para todos, de qualquer forma, para um grande número deles”.

O liberalismo, portanto, sempre reverenciando o binômio filosófico (pessimismo potestativo/otimismo normativo) propõe a imposição de uma restrição à liberdade para assegurar a própria liberdade, temendo, por outro lado, que o poder do Estado reduza o campo de atuação dos sujeitos. Os indivíduos, conseqüentemente, não são ou não podem ser completamente livres, pois devem renunciar a uma porção da liberdade para manter o restante dela. A esse respeito, Bobbio e Pasquino (1998) anotam

(...) Nenhum pensador liberal se opõe a que o Estado limite a liberdade natural ou o espaço de arbítrio de cada indivíduo. Isto, porém, com duas condições bem definidas: a primeira consiste na preocupação de conciliar o máximo espaço de arbítrio individual (o homem contra o Estado repressivo) com a coexistência dos arbítrios alheios, com base num princípio de igualdade jurídica; a segunda impõe que, para limitar

a liberdade natural, deve ser utilizado, como instrumento, o direito – a norma jurídica geral válida para todos –, um direito que seja expressão de um querer comum (Kant).

Dessa relação entre o indivíduo e o Estado são estabelecidos limites à liberdade, cujo equilíbrio tem como pressuposto a exclusividade do monopólio da força pelo Estado, que o exerce por meio da estrutura policial e de justiça, conforme descreve Hierro (2009, p. 189):

(...) Los liberales, desde Locke hasta ahora incluyendo los más radicales como Hayek y Nozick, han sostenido sin empacho alguno que el estado se justifica porque protege los derechos individuales, porque asume, al menos, el legítimo monopolio de la violencia conforme al cual queda abolida la defensa privada – que sólo es legítima en casos limite – y sustituida por la defensa pública de los derechos. De tal modo surge, como mínimo, un aparato estatal de defensa, un aparato estatal de policía y un aparato estatal de administración de justicia⁵⁵.

A liberdade liberal, reduzida à sua acepção negativa, demanda que esse aparato estatal atue com limitações, de molde a garantir as relações privadas, assegurando a liberdade das relações de troca e a propriedade, sem, contudo, limitar a autonomia dos indivíduos. Esse é também um conceito que resiste ao tempo, reproduzido no pensamento do jusfilósofo Alexy (2008, p. 223), para quem “o sujeito é juridicamente livre na medida em que o Estado não limita alternativas de ações”. Assim, a liberdade jurídica depende de o Estado se eximir de atuar.

Entre os autores liberais é evidente a necessidade de limitação da liberdade para assegurá-la. Paralelamente, há o receio de que o exercício de poder pelo Estado restrinja a atuação dos indivíduos. Nesse sentido, a conclusão é a de que os sujeitos não podem ser totalmente livres, devendo sempre renunciar a uma parcela da liberdade para mantê-la íntegra.

Conforme observam Bobbio e Pasquino (1998, p. 693),

(...) Nenhum pensador liberal se opõe a que o Estado limite a liberdade natural ou o espaço de arbítrio de cada indivíduo. Isto, porém, com

⁵⁵ Em tradução livre: “Os liberais, de Locke até os mais radicais como Hayek e Nozick, sustentam, sem qualquer objeção, que o Estado é justificado porque protege os direitos individuais, porque assume, ao menos, o legítimo monopólio da violência segundo o qual permanece abolida a defesa privada, a autotutela, – que só é legítima em casos limítrofes – e substituída pela defesa pública de direitos. Deste modo surge um aparato de defesa do Estado, um aparato policial estatal e um aparato estatal de administração da justiça”.

duas condições bem definidas: a primeira consiste na preocupação de conciliar o máximo espaço de arbítrio individual (o homem contra o Estado repressivo) com a coexistência dos arbítrios alheios, com base num princípio de igualdade jurídica; a segunda impõe que, para limitar a liberdade natural, deve ser utilizado, como instrumento, o direito – a norma jurídica geral válida para todos –, um direito, que seja expressão de um querer comum (Kant).

O direito assume, portanto, a função de possibilitar a coexistência de todos, assim como a autonomia de vontade. Para Kant (2007, p. 85), o direito limita a liberdade, para que ela não se transforme em opressão, mas o seu horizonte é o princípio da autonomia. Nesse sentido, a liberdade figura como uma possibilidade de o próprio sujeito determinar a destinação e o uso de sua propriedade e se opor aos governantes em caso de interferência não prevista em lei. A ligação entre liberdade e uso discricionário da propriedade privada perpassa por toda a tradição liberal.

A liberdade liberal significa, em última análise, a tranquila fruição da propriedade privada, sendo, assim, reduzida a um grupo privilegiado da sociedade: os detentores de propriedades. O processo de construção da liberdade e da propriedade no Estado de Direito não está associado, portanto, à ideia de direito e de universalidade, mas à ideia de privilégio da classe mais abastada, detentora da propriedade. A proteção ofertada pelo Estado liberal se restringe às classes detentoras das forças produtivas e a tolerância a um longo período de escravidão, por exemplo, comprova isso.

Por outro lado, a limitação da função do Estado à proteção da propriedade privada desloca as relações de expropriação para o campo privado, haja vista que a relação proprietário-expropriado corresponde a uma relação de poder exercida livremente no campo privado. Esse quadro é registrado por Wood (2015, p. 30) da seguinte forma:

(...) Os poderes políticos diretos que os proprietários capitalistas perderam para o Estado foram conquistados no controle direto da produção. Enquanto o poder "econômico" de apropriação, possuído pelo capitalista, é separado dos instrumentos políticos coercivos que o aplicam, esse poder de apropriação é integrado mais de perto e diretamente do que nunca com a autoridade de organizar a produção.

O enlace entre o conceito de liberdade e de autonomia da vontade determina que o Estado de Direito, operando através do monopólio da força, limitado e guiado

pelo conjunto normativo liberal que mantém os direitos subjetivos dos contratantes, torna oficiais as relações de exploração e as condena ao setor privado, ao exercício dos direitos subjetivos dos sujeitos. Assim, a interferência do Estado nesses direitos passa a ser a violação dos princípios e fundamentos básicos para a existência do próprio Estado e seu aparato normativo.

A consequência mais evidente dessa conexão é o afastamento das relações sociais do poder político, de molde a encaminhar para o campo privado os contratos, as relações de troca e de trabalho, retirando do poder público a capacidade de interferir na correlação de forças entre os agentes econômicos, mesmo quando sobressai a dimensão coletiva dos interesses em jogo, como se verifica nas questões afetas às relações de consumo.

Evidentemente, a relação direta entre a ausência do Estado e a liberdade dos sujeitos impede, no ideário liberal, a atuação estatal no campo privado, lugar onde estão relegadas as relações comerciais e de exploração. A liberdade se expressa, pois, como o direito de se isolar da comunidade em suas decisões, ainda que essas decisões afetem toda a comunidade, de forma direta ou indireta.

Sob esse prisma, um olhar atento à origem e ao conteúdo dos pilares erigidos pelo liberalismo é capaz de revelar que o arcabouço teórico liberal é construído a partir de ferramentas de fomento e manutenção de privilégios, que funcionam em uma dinâmica criada visando ao distanciamento entre o povo, o cidadão comum, e o exercício do poder. Por esse ângulo, é facilmente perceptível que o projeto de liberdade e emancipação encampado pelo liberalismo político culminou na consolidação de um Estado de Direito em que a liberdade encerra privilégios, e não direitos. Atuando em nome de um direito à liberdade, é bom frisar, criam-se restrições ao poder político, deslocando para o campo privado as relações econômicas, afastando a possibilidade de interferência da comunidade, enquanto sujeito político, ou do próprio Estado, quando a sua atuação não se revela bem-vinda a interesses econômicos privados.

Nesse sentido, a liberdade (liberal) se traduz apenas numa emancipação reduzida aos interesses contratuais, comerciais, e como fundamento essencial do direito de propriedade, ainda que isso represente, concomitantemente, a opressão e o subjugamento de uma grande maioria de desapossados. Não se trata, pois, de um direito, mas de um privilégio, pois se revela numa abordagem ideal, abstrata e

indeterminada, uma vez que decorre diretamente de um mandamento: basta que o direito declare que todos são livres, sendo irrelevante a condição material dos indivíduos que compõem a sociedade.

Na prática, cabe aos indivíduos, isoladamente, determinar as suas relações econômicas e sociais, o que, em última análise, significa que o poder econômico detém a liberdade seletiva, assegurada para exploração e submissão calcada apenas na presença de elemento falacioso de emancipação popular: a autonomia da vontade.

No universo do Estado de Direito liberal, a função pública é restrita a áreas determinadas, visando à garantia da segurança territorial, da propriedade privada e, com muita ênfase, do cumprimento dos contratos. Nesse sentido, o Estado opera como mero garantidor das relações privadas, criando e conservando diferenças e hierarquias, ao apenas assegurar o livre jogo das forças de mercado. Com isso, assegura a remuneração do capital a qualquer preço, à custa, inclusive, do vilipêndio de direitos dos consumidores, de molde a afirmar a liberdade de exploração do cidadão comum pelo economicamente privilegiado. Uma liberdade que limita a emancipação e a autodeterminação do indivíduo, mas que garante uma liberalidade social qualificada pela propriedade.

3.4 O Papel do Judiciário na Estrutura do Estado Liberal

Zolo (2006, p. 30) define o Estado de Direito com base em específicos pressupostos filosófico-políticos que atribuem ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos fundamentais, contrastando a tendência de o poder político expandir-se, funcionar de modo arbitrário, ou de deixar de atuar.

Na expressão de Dimoulis (2008, p. 4), a Constituição se apresenta “como decorrência e expressão de um projeto político que objetivava garantir, na maioria dos casos, sistemas capitalistas em sua versão liberal instauradores de uma democracia representativa”. A ideia central inserida pela tradição liberal é de um Estado capaz de se autolimitar por meio de um arcabouço normativo, de uma Constituição, que condensaria uma estrutura jurídica definindo os valores, direitos e conteúdos de um projeto político determinante das relações que efetivamente merecem a proteção do Estado.

Paralelamente, Mendes (2012, p. 998) observa que “A Constituição Federal de 1988 confiou ao Judiciário um papel até então não outorgado por nenhuma das Constituições precedentes. Concedeu-lhe autonomia financeira e administrativa, além das garantias funcionais dos magistrados dignas de nota até no Direito Comparado”.

Nessa estrutura liberal de Estado, o Judiciário se apresenta como último guardião da Constituição, que coincide, reflexamente, com o projeto liberal de sociedade e poder. Por meio de seus agentes, intérpretes e aplicadores do Direito, é exercido o controle sobre eventuais desvios e a garantia da proteção ao exercício das “liberdades”. Ao exercer o papel de garantidor da Constituição, o Judiciário assume também o protagonismo na defesa do projeto liberal de Estado. Como consequência, sua ação é orientada pelas referências ideológicas e pelas regulamentações amistosas ao poder econômico que seguem a linha da liberdade negativa qualificada, e já apresentada no tópico anterior.

O poder interpretativo, nesse cenário, assume centralidade no papel efetivado pelo Judiciário dentro da estrutura de Estado. E a hipertrofia normativa, que caracteriza o ordenamento jurídico, amplia esse poder de forma a configurar, igualmente, verdadeiro controle normativo. Com isso, é fácil perceber a abertura de um campo amplamente favorável à arbitrariedade. Por meio de técnicas interpretativas, é possível a seleção da lei a ser aplicada na hipótese concreta, dentro de um universo gigantesco de produção legislativa denominado ordenamento jurídico.

Paralelamente, a produção legislativa decorrente da lógica da democracia representativa, outra entidade liberal que falseia o real significado do conceito, é pressionada pelos interesses dos diversos setores da economia, que durante o processo de globalização tornaram-se ainda mais poderosos. A atuação de grupos de interesse (*lobbying*), as contribuições privadas de campanhas eleitorais, as redes de influência e as coalizões de empresas, somam-se como fatores de pressão sobre os legisladores⁵⁶.

⁵⁶ Em texto para discussão, produzido no âmbito do IPEA/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada a respeito da atividade de *lobbying*, os autores apresentam conclusão no sentido de que i) “Em relação às atividades desempenhadas para promover os interesses dos segmentos representados, o portfólio dos lobistas é amplo”; ii) “Instados a avaliar a eficiência de uma série de ações estratégicas, a maioria dos respondentes reconheceu o valor de ações como a atuação junto a ocupantes de postos-chave no processo legislativo, a redação e apresentação de trabalhos técnicos, o oferecimento de sugestões legislativas, o contato com parlamentares em circunstâncias diversas, o uso da mídia e manifestações públicas e campanhas de envio de *e-mails* e cartas”; iii) “No que tange ao financiamento de campanhas eleitorais, a estratégia amplamente preferida é a doação para candidatos previamente alinhados com o grupo. A grande maioria dos lobistas concordou que a chance de se obter o apoio de um eleito é

Outro aspecto que merece relevo é fruto da reação jurídico-política decorrente do trauma causado pelos regimes totalitários ocorrida no pós-guerra. A resposta ao fascismo e ao nazismo – que expuseram, segundo Costa (2010, p. 242) – “a força terrível do poder, a fragilidade do indivíduo, a inadequação das salvaguardas até aquele momento estabelecidas” – se traduziu na elaboração de princípios e de direitos fundamentais imprecisos, sem um conteúdo normativo bem definido. Direitos que fundamentam a ordem jurídica, de caráter universal, mas que não operam apenas como regras, apenas com a tradução de projetos políticos. Sob esse ângulo, exercem a função que cabia aos direitos naturais: denunciar a ordem existente e prometer uma ordem futura diferente, que o mesmo autor (2010, p. 240/246) resume com a assertiva de que, “nos novos ordenamentos constitucionais são os princípios e os direitos fundamentais que, dentro do ordenamento, indicam as formas e a direção da sua transformação”.

A esse respeito, Ferrajoli (2009, p. 36) destaca que os valores introduzidos por esses princípios e direitos fundamentais, que sempre estiveram presentes, passaram a ser referência obrigatória para a exegese e aplicação das normas jurídicas de qualquer nível hierárquico. E arremata que o neoconstitucionalismo aparentemente confere a esses princípios e direitos fundamentais um lugar privilegiado: “ficam acima da vontade dos poderes e dos atores políticos, salvaguardados de qualquer decisionismo, incluindo o soberano poder do povo. Eles pertencem ao âmbito do não decidível”.

Contraditoriamente, como demonstram Matos e Souza (2017, p. 301), a partir da análise de decisões e teorias produzidas durante o regime nazista, a fundamentação utilizada pelos juízes não poupava a utilização de princípios gerais e fontes supralegais, tais como “espírito do povo”, “moral”, “interesse público”, “bem comum”. De acordo com os autores, “os juízes nazistas desenvolveram práticas interpretativas e argumentativas que, desprezando a lei – entendida como um anacronismo liberal –, apontavam para uma noção substancial de direito e de justiça”. Seguindo fontes da época, os autores evidenciaram que o fundamento das decisões jurídicas durante o governo hitlerista não foi o exacerbamento do conteúdo da lei, uma espécie de positivismo cego, mas a

maior quando se financia sua campanha”; iv) “No que diz respeito ao *lobbying*, todos os respondentes entendem que essa atividade pode mudar a posição de parlamentares”; v) “Ninguém de bom senso estaria disposto a negar que setores econômicos e grupos mais organizados e institucionalizados da sociedade exercem influência política no processo decisório”. Santos, Manoel *et al.* *Lobbying no Brasil: profissionalização, estratégias e influência*. Texto para discussão. IPEA. Brasília/Rio de Janeiro: Ipea, 2017, pp. 51/52.

interpretação discricionária e contrária à lei realizada por juízes políticos, que, supostamente, a partir da “vontade do povo”, se opunham ao conteúdo da norma, que representava, em última instância, um limite intolerável “à tarefa de ‘fazer justiça’, o que só poderia ser realizado de maneira perfeita levando em consideração os valores e as tradições superiores do povo alemão”.

Como observado, a ampliação da atuação interpretativa do Judiciário é fruto dessa reação aos regimes totalitários, inaugurada pelo neoconstitucionalismo. A “nova interpretação constitucional”, no termo usado por Barroso (2005, p. 8-9), inova ao superar uma tradição cuja “resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato”. O intérprete deixa de ter função meramente técnica e “torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”, ainda segundo o mesmo autor.

Evidentemente, essa ampliação da competência do Judiciário, que decorre da força normativa que a Constituição passa a ter, aumenta o poder discricionário dos juízes. Com efeito, essa nova atribuição, agora para definir o conteúdo de princípios e cláusulas gerais estabelecidos no texto constitucional, que encerram conteúdos jurídicos indeterminados, normas abertas e com sentido aberto, atribuem uma ainda maior discricionariedade ao julgador.

Nesse mister, a decisão que cabe aos magistrados, aos intérpretes, deve manter um grau máximo de adequação ao sistema jurídico e à sua tradição, que, não se pode olvidar, remete às noções de liberdade-privilégio trabalhadas no tópico anterior. Isso, somado a uma moldura institucional, que tem a economia subordinando as relações políticas e sociais, e o lucro como um valor supremo, o Poder Judiciário acaba por receber o papel de intervir na ordem jurídica em favor dos interesses econômicos, que, a rigor, são aqueles que possuem mais valor na lógica liberal.

Esse papel é percebido por Salvatore Senese da seguinte forma:

(...) Es bien sabido que, em las sociedades burguesas, los tribunales ejercen una doble función: actúan como máquina repressiva para garantizar el respeto a las leyes y ordenamientos burgueses y al próprio tempo operan como ‘aparato ideológico del Estado’, es decir, como instrumento de inducción del consenso sobre los valores y las ideas de las clases dominantes. (...) Esto, em buena medida, se debe a que, em um certo número de sociedades burguesas, el sistema

judicial, junto a la doble función a que antes se há hecho referencia, desarrolla aún outra, que puede considerarse especificación de las primeras: y es su tendencia a intervenir para ‘recuperar’ las concesiones legislativas o neutralizar los contravalores y mantener los valores tradicionales. De aqui la afirmación de que, em tales formaciones sociales, el aparato judicial, al mismo tiempo y quizá con amplitude que los restantes aparatos burocráticos, suele funcionar como instrumento de recuperación de los espacios conquistados em la superestructura por las clases populares.⁵⁷ (grifo nosso)

E na crítica formulada por Wood (2015, p. 233), cuja tônica argumentativa é no sentido de que a regulamentação é retirada do alcance do Estado, deixando com que as estruturas que representam o poder econômico atuem livremente.

No que interessa ao Direito do Consumidor, que é, de fato, o mote central do presente trabalho, todas essas questões somadas constituem obstáculos gigantescos à consolidação e à manutenção dos direitos consumeristas. Embora se reconheça a dimensão da conquista representada pela inclusão da defesa do consumidor no capítulo dos direitos e garantias fundamentais em uma Constituição alinhada com o projeto liberal de Estado, observa-se nitidamente, ainda nos dias atuais, a existência de uma forte tendência à presença de uma força irreduzível, que conduz o Poder Judiciário para o papel de “recuperar concessões legislativas ou neutralizar contravalores e manter valores tradicionais”, acima destacado por Senese.

Em resumo, um nível notadamente exacerbado de discricionariedade do julgador, alinhada ao conjunto de referências ideológicas amplamente favoráveis aos diversos setores da economia e, em especial, à aversão liberal à intervenção do Estado na atividade econômica, como traço da tradição da liberdade negativa, vem explicar, de um lado, e determinar, de outro, o fracasso do Código de Defesa do Consumidor, relegado à condição de uma lei exânime, esvaziada de conteúdo por meio da inventividade jurisprudencial.

⁵⁷ Ferrajoli *et al* (1978, pp. 154/156). Em tradução livre a partir do texto original: É sabido que, nas sociedades burguesas, os tribunais exercem uma dupla função: atuam como uma máquina repressiva para garantir o respeito pelas leis e regulamentos burgueses e, ao mesmo tempo, funcionam como um “aparelho ideológico do Estado”, ou seja, como instrumento de indução de consenso sobre os valores e ideias das classes dominantes. (...) Isto deve-se, em grande medida, ao facto de, num certo número de sociedades burguesas, o sistema judicial, juntamente com a dupla função acima referida, desenvolver outra função, que pode ser considerada uma especificação do primeiro: e é a sua tendência a intervir para ‘recuperar’ concessões legislativas ou neutralizar contravalores e manter valores tradicionais. Daí a afirmação de que, em tais formações sociais, o aparelho judicial, ao mesmo tempo e talvez em maior medida que os demais aparatos burocráticos, costuma funcionar como instrumento de recuperação dos espaços conquistados na superestrutura pelas classes populares.

4 O ESVAZIAMENTO DO CDC A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Após percorrer a trajetória que culminou com a ascensão de um Direito do Consumidor no País e propor uma reflexão sobre as balizas que conformam a estrutura de poder no chamado Estado de Direito moderno (pós ou hipermoderno), segue-se para a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o claro objetivo de ilustrar, a partir da observação da lógica normal de funcionamento das instituições forjadas nesse modelo liberal de Estado, o progressivo, natural e, porque não dizer, esperado esvaziamento do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

A partir desse ponto, se buscará demonstrar como o STJ, tribunal de vértice no trato da legislação infraconstitucional brasileira, cumpre rigorosamente o seu papel dentro da estrutura liberal de Estado, conduzindo à inviabilização dos princípios e dos fins que justificaram e conduziram à construção do Direito do Consumidor no Brasil.

Com efeito, a simples observação da evolução da jurisprudência do STJ permite constatar que questões que passaram anos ou décadas sendo entendidas e interpretadas no mesmo sentido das bases teóricas e legislativas que guarneceram a formulação do Direito do Consumidor receberam, via de regra sem nenhuma mudança na legislação em vigor, inédito tratamento jurídico, completamente favorável aos fornecedores de produtos e serviços, aos conglomerados econômicos, ou seja: aos interesses econômicos.

Nesse contexto, o leitor vai poder constatar, sem maior esforço, que a racionalidade instrumental, a técnica, a dogmática jurídica são distorcidas, estendidas ou moldadas, no que se denominou doravante de “interpretativismo jurídico”, acabando por promover a ressignificação das normas protetivas do consumidor para resultar naquilo que define a terceira função do papel do Judiciário dentro da estrutura do Estado: recuperar os espaços conquistados na superestrutura pelas classes populares.

Esse movimento é percebido e traduzido por Andrade (2016, p. 17) que, sublinhando a postura reacionária da jurisprudência do STJ, explica:

(...) Reacionário no sentido de ser uma reação em favor dos abastados, restringindo leis com conteúdo material social que acarretam evidente prejuízo à população. A razão do legislador, quando edita leis contra os interesses econômicos das grandes corporações, é transformada pela razão do mercado via decisões

judiciais. O conteúdo da norma é modificado ou totalmente invertido, sempre e sempre para recuperar em prol do sistema financeiro e dos grandes capitalistas eventuais perdas ocorridas no parlamento.

Nos casos a seguir apontados, entretanto, o problema é ainda mais acentuado, na medida em que até mesmo os parâmetros constitucionais que erigiram a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental foram completamente desconsiderados, não figurando, ainda que de modo lateral, na fundamentação das decisões que ilustram os exemplos. A rigor, a discussão sobre direito do consumidor é colocada em segundo plano nos seguintes acordãos, ganhando relevância a discussão sobre os eventuais direitos dos fornecedores de produtos e serviços. Na prática, é a lei para o consumidor, e a economia para o fornecedor, ou, em outros termos, a racionalidade jurídica para derruir as conquistas do vulnerável, e a argumentação econômica, alheia ao microsistema do consumidor, para recuperar “as eventuais perdas ocorridas no parlamento” pelos setores econômicos. Um verdadeiro estado de exceção.

4.1 Primeiro Ato: a vedação à revisão de ofício das cláusulas abusivas dos contratos de consumo

O tema relativo à revisão de ofício de cláusulas abusivas deve ser apresentado como decorrente de toda uma lógica que compõe o microsistema de defesa do consumidor, que tem como norma fundamental, o direito-garantia insculpido no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Em seguida, merece relevo o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu a Política Nacional das Relações de Consumo, a partir dos princípios de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, e de ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor⁵⁸.

⁵⁸ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008/1995)
I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
a) por iniciativa direta;
b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

Adiante, estão entre os direitos básicos do consumidor, dispostos no art. 6º, IV e V, da Lei n. 8.078/1990, “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (inciso IV) e “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”⁵⁹.

A esse respeito, Nunes (2022, p. 179.) sublinha que as aludidas normas proíbem incondicionalmente as práticas e as cláusulas abusivas, definindo, em seguida, o abuso de direito “como resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular”.

Como se sabe, os contratos de consumo, invariavelmente, são contratos de adesão, que não permitem a livre negociação, mas, tão somente, o acatamento por

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

⁵⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – (Vetado);

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas; (Incluído pela Lei n. 14.181/2021)

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; (Incluído pela Lei n. 14.181/2021)

XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso. (Incluído pela Lei n. 14.181/2021)

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei n. 13.146/2015).

parte do consumidor. A rejeição à adesão representa a não disponibilização do produto ou do serviço. Essa conjuntura expõe um ambiente favorável à inserção, pelo fornecedor, que é o responsável pela formulação das regras aplicáveis às partes, de cláusulas que limitam, violam ou põem em xeque os direitos do aderente. Paralelamente, muitos dos consumidores não têm a expertise, a compreensão da essência e do alcance dos seus direitos, nem o domínio da linguagem técnico-jurídica utilizada, para perceberem, no ato da adesão, a eventual inserção de cláusulas abusivas nos contratos.

Por último, o controle administrativo das cláusulas gerais dos contratos no Brasil – realizado por meio da instauração de inquérito civil (art. 8º, I, da Lei n. 7.347/1985, aplicada às ações fundadas no CDC por incidência do art. 90 do CDC) ou da fiscalização das atividades pelos órgãos administrativos de controle, regulação e fiscalização⁶⁰ – tem se mostrado insuficiente para, preventivamente, evitar a proliferação de contratos de adesão contendo disposições manifestamente abusivas e, portanto, ilegais.

Nesse cenário, os fornecedores de produtos e serviços testam as barreiras impostas pela legislação, sempre à procura de brechas na legislação e de falhas na fiscalização, sendo, pois, evidente a importância da ferramenta inserida pelo Código, em seu art. 51, que exemplifica diversas condutas abusivas, imputando a elas a pecha de “nulas de pleno direito”, cujas imediatas consequências seriam, diferentemente das nulidades relativas (ou anulabilidades), a impossibilidade de convalidação e, simetricamente, a possibilidade de o juiz declará-la de ofício (*ex officio*).

Sobre o tema, Nunes (2022, p. 737-738) explica:

(...) Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída de validade e efeito já antes do pronunciamento judicial. Não há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é. Por isso que o efeito da decisão judicial é *ex tunc*, uma vez que nela se reconhece a nulidade existente desde o fechamento do negócio. E, aliás dada a característica da nulidade e da contrariedade da cláusula abusiva à Lei n. 8.078, que é de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de ofício. Mesmo que a parte – isto é, seu advogado – não alegue a nulidade, é dever do juiz declará-la por ato *ex officio*.

⁶⁰ Nery Júnior. *In*: Grinover *et al.* (2011, p. 521).

O espírito da lei é traduzido por Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto da Lei n. 8.078, da seguinte forma:

(...) O CDC adotou um sistema próprio de enumeração e de proteção contra as cláusulas abusivas. Conferiu-lhes o regime da “nulidade de pleno direito”, não estabelecendo graus de invalidade entre elas, tampouco tratando-as como causas de ineficácia da relação de consumo.

O sistema das nulidades não é único no Direito brasileiro, quer no âmbito civil, quer no comercial, processual civil e administrativo. Podemos dizer que, modernamente, as invalidades reclamam tratamento microssistêmico, a fim de serem atendidas as peculiaridades de cada um dos microssistemas jurídicos *per se*. Esse é precisamente o caso do Código de Defesa do Consumidor.

Afastou-se ele do sistema de invalidades do Código Civil, do Código de Processo Civil e do Direito Administrativo. Como consequência, restou superado o entendimento de que as nulidades de pleno direito independem de declaração judicial para se fazerem atuar no ato ou no negócio jurídico, em contraposição às nulidades absolutas, que precisam de pronunciamento judicial para produzirem seus efeitos de invalidação do ato ou do negócio jurídico. Do mesmo modo, não há lugar para falar-se, no sistema do CDC, em nulidade absoluta e nulidade relativa de cláusulas contratuais abusivas. No regime jurídico do CDC, as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor. Isso quer dizer que as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública insuscetíveis de preclusão⁶¹.

Essa compreensão, amplamente difundida pela doutrina consumerista, foi igualmente abraçada pela jurisprudência do STJ durante os primeiros anos de vigência da nova lei. Na primeira oportunidade de se pronunciar sobre o tema, a Quarta Turma, por ocasião do julgamento do REsp n. 90.162/RS, ocorrido em maio de 1996, afirmou peremptoriamente: **“o reconhecimento de ofício da abusividade da cláusula contratual está permitido pelo Código de Defesa do Consumidor, que define como nulas de pleno direito as enumeradas no seu artigo 51”**. (grifo nosso)⁶²

Quatro anos depois, no julgamento do REsp n. 248.155/SP, a Quarta Turma, analisando a violação do art. 515 do Código de Processo Civil de 1973 e, portanto, o efeito devolutivo da apelação, afirmou peremptoriamente: “é certo que o Código do

⁶¹ Nery Júnior. *In: Grinover et al.* (2011, p. 521).

⁶² REsp n. 90.162/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 28/5/1996, DJ de 24/6/1996.

Consumidor permite o reconhecimento de cláusula contratual abusiva, nula de pleno direito, de ofício, pelo julgador”⁶³.

O entendimento foi consolidado nos anos seguintes, em repetidos precedentes: AgRg no REsp n. 506.650/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 21/10/2003, DJ de 3/11/2003; AgRg no REsp n. 578.715/SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 2/9/2004, DJ de 20/9/2004; AgRg no REsp n. 677.106/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 7/12/2004, DJ de 1º/2/2005; AgRg no REsp n. 655.443/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 5/4/2005, DJ de 2/5/2005; e AgRg no REsp n. 702.524/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 22/3/2005, DJ de 11/4/2005, cuja ementa foi assim consignada:

AGRAVO REGIMENTAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. AUSÊNCIA DO CONTRATO. DESÍDIA DO AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CONTRATAÇÃO.

1. A Segunda Seção desta Corte, na assentada do dia 22/9/2004, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais 602.068/RS e 603.043/RS, ambos da relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, pacificou entendimento no sentido da impossibilidade de capitalização mensal nos contratos celebrados em data anterior à publicação da MP 2.170-36.

2. Ausente dos autos o contrato objeto da demanda, por desídia do próprio agravante, resta impossibilitada a aferição da contratação da capitalização e a própria subsunção do instrumento à regra inaugurada pelo art. 5º da Medida Provisória 2.170-36.

3. Não prospera a questão federal atinente aos arts. 2º, 128, 460, 512 e 515 do CPC, porque esta Corte tem preconizado a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV, do CDC. Nesse sentido: Resp n. 248155/SP e Resp n. 503831/RS.

4. Agravo regimental não provido. (grifo nosso)

Nessa mesma época, pendia de julgamento no Supremo Tribunal de Federal a ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 2.591/DF) promovida pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), cuja pretensão principal era o afastamento da aplicação do CDC aos negócios bancário-financeiros. A aludida ação, que pedia a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, foi ajuizada no ano de 2001, tendo sido iniciado o julgamento no ano de 2002. No entanto, foi em fevereiro de 2006 que o julgamento foi retomado e, em junho do mesmo ano, o STF,

⁶³ REsp n. 248.155/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23/5/2000, DJ de 7/8/2000.

por maioria de seus ministros, finalmente decidiu que “as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”.

Ocorre que durante a tramitação da sobredita ADI no STF, especificamente no mês de abril de 2005, houve a interposição de recurso de embargos de divergência contra o acima mencionado acórdão proferido pela Quarta Turma do STJ, nos autos do REsp n. 702.524/RS. E no mês seguinte, em maio do mesmo ano, surpreendentemente, a Quarta Turma afetou o julgamento do REsp n. 541.153/RS⁶⁴ à Segunda Seção, abrindo-se, então, um primeiro precedente divergente em relação à pacificada jurisprudência anterior, pela impossibilidade do exame, de ofício, pelo Tribunal, tendo em vista o reconhecimento de alegada ofensa ao art. 515 do CPC/1973.

Como se não bastasse, em março de 2006, logo após o prosseguimento do julgamento da ADI pelo STF, a Segunda Seção do STJ prosseguiu no exame do agora ERESp n. 702.524/RS, para cancelar a repentina mudança de entendimento introduzida pelo julgamento anterior, dando provimento também aos embargos divergentes, nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. REVISÃO DE OFÍCIO DO CONTRATO PARA ANULAR AS CLÁUSULAS ABUSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA 2ª SEÇÃO.

– Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no art. 51, IV, do CDC⁶⁵.

Quatro questões chamam a atenção nesse julgamento: a primeira é a redação da ementa. A segunda, o lapso entre a data do julgamento e a data da sua publicação. A terceira, o fato de que, no momento da protocolização dos embargos de divergência, ocorrido em 26/4/2005, ainda não havia o julgamento do REsp n. 541.153/RS, em que a Segunda Seção alterava o seu entendimento sobre o tema, que somente aconteceu em 8/6/2005. E, finalmente, a quarta, consistente no fato de que a decisão que admitiu os embargos de divergência foi proferida em 15/6/2005, anteriormente, portanto, ao julgado da Seção, que reformulou o entendimento até então sedimentado.

⁶⁴ REsp n. 541.153/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, julgado em 8/6/2005, DJ de 14/9/2005.

⁶⁵ ERESp n. 702.524/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, relator para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 8/3/2006, DJ de 9/10/2006.

Em relação ao texto da ementa, é patente que ela não corresponde ao teor daquilo que foi efetivamente julgado. Ao contrário do que ela faz crer, a matéria posta a desate não era a impossibilidade de o STJ rever contratos, o que encontraria os limites impostos pelas Súmulas n. 5 e n. 7/STJ⁶⁶, mas a impossibilidade de que as instâncias ordinárias assim o fizessem.

O lacônico voto vencedor é claro nesse sentido, conforme se extrai da íntegra:

(...) Este recurso trata de conhecida questão: em relação de consumo, é ou não possível reconhecer de ofício as cláusulas abusivas do contrato?

A 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 368/372, autorizou a revisão, de ofício, das "cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV, do CDC".

O banco embargante demonstrou a divergência de tal entendimento com precedentes da 3ª Turma (REsp 537.699, REsp 248.789 e REsp 258.426, todos relatados pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito), nos quais se proclamou que "a extensão do princípio devolutivo se mede através da impugnação feita pela parte nas razões do recurso, consoante enuncia o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*".

No julgamento do REsp 541.153/ASFOR, ocorrido em 8.6.2005, a 2ª Seção decidiu que "não se tratando de questões relacionadas às condições da ação, as matérias que não foram objeto da apelação não podem ser examinadas pelo Tribunal".

Evidentemente, o acórdão embargado contraria o entendimento consagrado na 2ª Seção, ao qual me incorporo.

Pedindo vênias à Ministra Nancy Andrighi, Relatora, conheço dos embargos de divergência e lhes dou provimento, para afastar as disposições de ofício existentes no acórdão da apelação. (grifo nosso)

Causa espécie também o enorme lapso entre a data do julgamento (8/3/2006) e a data da sua publicação (9/10/2006), porque incomum no STJ. Embora o EREsp n. 702.524/RS tenha sido julgado durante a tramitação da ADI no STF, o acórdão do STJ somente foi publicado após o desfecho favorável ao consumidor no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Aqui cabe a velha máxima: o consumidor ganhou, mas não levou.

Outro fato intrigante diz respeito à inexistência de oscilação na jurisprudência do STJ no momento da interposição dos embargos de divergência no REsp n. 702.524/RS. Primeiro porque, à exceção do REsp n. 537.699, os demais recursos apontados como paradigma pelo embargante (REsp n. 248.789 e REsp n. 258.426)

⁶⁶A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial. (Súmula 5/STJ, Corte Especial, julgado em 10/05/1990, DJ 21/05/1990).

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (Súmula 7/STJ, Corte Especial, julgado em 28/6/1990, DJ 3/7/1990).

não eram recentes (ambos foram julgados em 2001) e não refletiam o entendimento dominante na Corte à época da interposição do recurso. Além disso, nenhum deles examinava a questão sob o prisma de violação do art. 51 do CDC. Portanto, não havia similitude fática entre os casos.

Como se sabe, “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”⁶⁷ e, ainda, “na forma da jurisprudência do STJ, são inadmissíveis os Embargos de Divergência, quando os acórdãos confrontados não adotarem teses diversas na interpretação de uma mesma disposição normativa da legislação federal”⁶⁸.

Por último, deve ser observado que a sintética decisão que admitiu os embargos de divergência foi proferida em 15/6/2005, exatamente uma semana após o julgamento do REsp n. 541.153/RS, providencialmente afetado à Segunda Seção, ocorrido, frise-se, em 8/6/2005. É possível inferir, portanto, que o precedente que supostamente demonstraria a divergência no âmbito dos órgãos fracionários do STJ somente foi construído durante a tramitação processual e, dessa forma, não teria sido apontado pela parte interessada (recorrente). Mesmo assim, cumpre sublinhar, que também nesse julgado não houve o apontamento de violação do art. 51 do CDC.

Em resumo: alterou-se a interpretação do art. 51 do CDC com base na análise de alegada violação do art. 515 do CPC/1973. Foi a fórmula utilizada, supostamente, para não escancarar uma interpretação contrária à literalidade da disposição normativa contida no Código de Defesa do Consumidor (*contra legem*).

A recomendada leitura dos votos vencidos, proferidos no julgamento do ERESp n. 702.524/RS, comove pela clareza na compreensão do problema, pela densidade argumentativa e, principalmente, pela franqueza com que a questão foi posta pelos julgadores vencidos.

Em seguida, a matéria foi julgada pelo rito do recurso repetitivo e a apreciação do REsp n. 1.061.530/RS consolidou a tese de que “é vedado aos juízes de primeiro

⁶⁷ Súmula 168/STJ, Corte Especial, julgado em 16/10/1996, DJ 22/10/1996.

⁶⁸ Nesse sentido: STJ, ERESp 451.271/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 26/6/2008; ERESp 15.115/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, Primeira Seção, DJU de 12/9/94; AgRg nos ERESp 833.810/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe de 10/11/2010; ERESp 538.275/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, DJU de 11/10/2007.

e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresse, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários⁶⁹.

Finalmente, o entendimento foi incorporado à Súmula do Tribunal da Cidadania, no Enunciado n. 381, largamente criticado⁷⁰, com a seguinte redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”⁷¹.

Ficava, assim, reluzente que a mudança de entendimento era endereçada aos bancos e demais instituições financeiras. Mas, para o infortúnio do consumidor, o Tribunal da Cidadania passou a aplicar extensivamente esse entendimento a todas as relações de consumo.

Esse foi o primeiro grande golpe recebido pelo Código; o início do processo de esvaziamento que se agravou com o passar do tempo, como veremos a seguir.

4.2 Segundo Ato: a modificação da regra de inversão do ônus da prova

É de se ter presente, de pronto, que a regra geral de distribuição do ônus probatório estabelecida no CDC ocorre *ope legis*, ou seja, decorre diretamente da lei independentemente de decisão do julgador. A noção que permeia essa diretriz tem fundamento na presunção de vulnerabilidade estabelecida no art. 4º, I, do CDC, ou melhor, no princípio que conforma a Política Nacional das Relações de Consumo atinente ao “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Esse reconhecimento, sustenta Nunes (2021, p. 168),

(...) é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não

⁶⁹ REsp n. 1.061.530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe de 10/3/2009.

⁷⁰ Entre as diversas críticas, destacam-se:

<https://www.migalhas.com.br/amp/depeso/382565/a-sumula-381-do-stj-em-confronto-com-a-defesa-dos-consumidores>;

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/05/10/infelicidade-da-sumula-no-381-stj>;

<https://www.conjur.com.br/2016-out-12/garantias-consumo-autoridade-coerencia-direito-sumula-381-stj-revisada2/>

⁷¹ Súmula 381/STJ, Segunda Seção, julgado em 22/4/2009, DJe 5/5/2009.

se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

(...) O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

Nesse prisma é fácil constatar que, em muitos casos, é impossível ao consumidor produzir a prova de seu direito, ante a sua vulnerabilidade técnico-financeira. Nesse sentido, a inversão do ônus da prova possibilitaria ao consumidor buscar o seu direito em juízo sem ter todas as provas em mãos, consistindo, portanto, numa facilidade prevista na lei para tentar equilibrar a disparidade de forças das partes. Paralelamente, é o fornecedor que coloca o produto no mercado e que formula o contrato que irá reger a relação. É ele, portanto, que estabelece os parâmetros de negociação, desde a fabricação até a forma de entrega e de garantia. Nada mais razoável, portanto, que a lei de proteção do consumidor imputasse, com mais vigor pelo menos, ao fornecedor o ônus de esclarecer o que realmente aconteceu numa determinada relação de consumo.

Essa é a regra estabelecida, por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (art. 12, § 3º e 14, § 3º), assim como nas relacionadas à veracidade e à correção da informação ou da comunicação publicitária (art. 38), que correspondem a boa parte das lides de consumo. Nesses casos, a cadeia de fornecimento do produto ou serviço só não será responsabilizada quando provar que não colocou o produto no mercado, que o defeito não existe ou, ainda, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro⁷².

⁷² Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...) § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;
 II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
 III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...) § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

Ocorre, todavia, que em todas as outras situações, especialmente àquelas envolvendo a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço, a inversão do ônus da prova se opera *ope iudicis*, o que significa que se realiza a partir da convicção do julgador acerca da verossimilhança da alegação formulada ou da hipossuficiência concreta do consumidor (e não apenas da sua presumida condição de vulnerabilidade).

E são nessas hipóteses que a questão ganha relevo. Em parte, pela generalidade e pela subjetividade que residem na redação do art. 6º, VIII, do CDC, em parte pela hesitação presente na doutrina especializada. Assim, diferentemente do tema anterior, a regra de inversão do ônus da prova inserida no CDC sempre foi polêmica, oferecendo dificuldades de interpretação. Para alguns, trata-se de uma norma que exige uma decisão do magistrado, ou seja, representa uma disposição que estabelece um procedimento. Para esses, a inversão do ônus da prova deve ser realizada anteriormente à instrução processual, preferencialmente no despacho saneador. Para outros, a regra do art. 6º, VIII, do CDC estabelece uma regra de julgamento, a ser utilizada pelo juiz após a produção da prova, especificamente no momento da sentença, sempre que o conjunto probatório for insuficiente e, portanto, o julgador estiver em dúvida. Nesses casos, em que se observa uma situação *de non liquet* (do latim *non liquere*: "não está claro"), caberia ao magistrado, presente a verossimilhança da alegação autoral ou a hipossuficiência do autor, inverter o ônus probatório em favor do consumidor.

Entretanto, Filomeno, ao comentar o dispositivo no livro que concentra os autores do anteprojeto do CDC⁷³, transcreve trecho de obra publicada por Cecília Matos na conceituada Revista de Direito do Consumidor, indicando que

(...) A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objetivo do conhecimento uma relação de certeza ou dúvida. Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contenta-se o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; a dúvida conduziria o julgador ao estado de *non liquet*, caso não fosse elaborada uma teoria de distribuição do ônus da prova. **Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar a prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento** utilizadas

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

⁷³ Filomeno. *In*: Grinover *et al.* (2004, p. 143).

para afastar a dúvida. Neste enfoque, a Lei n. 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional se mostrou inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa⁷⁴. (grifo nosso)

Na jurisprudência do STJ, após um período inicial de grande hesitação, a Terceira Turma terminou por abraçar esse entendimento, concluindo, por ocasião do julgamento do REsp n. 422.778/SP⁷⁵, que “conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento”. O voto vencedor apontou os seguintes fundamentos:

(...) conforme posicionamento dominante da doutrina, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento.

Nesse sentido, José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do CDC, afirma que: “*A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida.*” (**Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª ed. Ada Pellegrini Grinover et al. RJ: Forense Universitária, 2001, p. 130**).

Da mesma forma, *quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova*, o Prof. Kazuo Watanabe defende que essa inversão se deva dar no “*julgamento da causa*”, sob o fundamento de que “*as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um 'non liquet' em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa*” (op. cit., p. 735); *concluindo que "somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará ao juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de 'non liquet', sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível"* (op. cit., p. 736).

Nelson Nery Jr. e Rosa M. A. Nery também partilham desse mesmo entendimento, ao afirmarem que: “*Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC, 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. **O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.*** (Echandia, *Teoria general de la prueba judicial, v. I., n. 126, p. 44*). [...] O juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da

⁷⁴ MATOS, 1994, p. 236/237.

⁷⁵ REsp n. 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, relatora para acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/6/2007, DJ de 27/8/2007.

prova se houver o non liquet quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver a prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 7ª ed., rev. e ampl., SP: RT, 2003, p. 723 – grifado e destacado).

Também na doutrina estrangeira o entendimento é o mesmo. Segundo Gian Antonio Micheli, Professor da Universidade de Roma, a regra do ônus da prova só tem pertinência, como regra de juízo (regra de decidir); vale dizer, nas situações em que, encerrada a instrução, o julgador ainda esteja em dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo ou liberatório (**L'Onere della Prova**, rist. con pref. dell'autore, Padova: CEDAM, 1966, XXIV, p.216, n.32).

De fato, segundo José Carlos Barbosa Moreira, tanto a literatura alemã como a italiana consideram as normas relativas à distribuição do ônus da prova como regras de julgamento. (“Julgamento e ônus da prova”, in **Temas de Direito Processual**, 2ª série, SP: Saraiva, 1980, p. 76).

E não poderia ser diferente, porquanto se o inc. VIII do art. 6º do CDC, determina que o juiz inverta o ônus da prova a favor do consumidor quando entender verossímil a sua alegação ou quando considerá-lo hipossuficiente; isso só pode ser feito senão após o oferecimento e a valoração das provas produzidas na fase instrutória, se e quando, após analisar o conjunto probatório, ainda estiver em dúvida para julgar a demanda (sendo dispensável a inversão, caso forme sua convicção com as provas efetivamente produzidas no feito). Assim, se no momento do julgamento houver dúvida sobre algum ponto da demanda, essa dúvida deve ser decidida a favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

Além disso, não há que se falar em surpresa para o fornecedor com a inversão do ônus da prova no momento do julgamento da causa, porque, conforme bem esclarece Cecilia Matos, **“A fixação da sentença como momento para análise da pertinência do emprego das regras do ônus da prova não conduz à ofensa do princípio da ampla defesa do fornecedor, que, hipoteticamente, seria surpreendido com a inversão. De acordo com o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, o fornecedor tem ciência que, em tese, serão invertidas as regras do ônus da prova se o juiz considerar como verossímeis as alegações do consumidor ou se ele for hipossuficiente. Além disto, o fornecedor sabe que dispõe do material técnico sobre o produto e o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e litigante eventual. O fornecedor pode realizar todo e qualquer tipo de prova, dentre aquelas permitidas em lei, durante a instrução para afastar a pretensão do consumidor. Se o demandado, fiando-se na suposição de que o Juiz não inverterá o ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.”** (O ônus da prova no Código de defesa do consumidor, in **Revista de direito do consumidor**, n.11, jul./set. 1994, p.161-169 – grifado e destacado).

Mesma opinião é sustentada por Nelson Nery Jr. e Rosa M. A. Nery, para quem *"a parte que teve contra si invertido o ônus da prova [...] não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo non liquet quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova. Em suma, o fornecedor (CDC, 3º) já sabe, de antemão, que tem de provar tudo que estiver a seu alcance e for de seu interesse nas lides de consumo. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença."* (op. cit., p. 723).

No mesmo sentido, entende João Batista Lopes, afirmando que: *"[...] é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente. Diante disso, somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal."* (**A prova no Direito Processual Civil**, 2ª ed., rev., atual. e ampl., SP: RT, 2002, p. 51).

Da mesma forma, a inversão do ônus da prova no momento do julgamento da causa não ofende as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. A este respeito, ressalta Luiz Eduardo Boaventura Pacífico que: *"A garantia do devido processo legal deve ser, sem dúvida, assegurada a qualquer custo. Contudo, não nos parece constituir ofensa aos cânones constitucionais a inversão no momento da decisão. A partir do conteúdo da petição inicial – com a exposição de causa de pedir e do pedido – às partes envolvidas no processo é perfeitamente possível avaliar se há a possibilidade de aplicação das normas do Código do Consumidor ao caso concreto. Se a pretensão estiver fundada em relação de consumo, protagonizada por consumidor e fornecedor, expressamente conceituados pelo Código (arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90), este pode merecer incidência. Logicamente, a inversão do ônus da prova igualmente pode ser prevista, não implicando surpresa ou afronta aos citados princípios, caso efetivada."* (**O ônus da prova no Direito Processual Civil**, Coleção Estudos de Direito de processo Enrico Tullio Liebman, SP: RT, 2000, p. 160).

Por fim, registro que esta Turma já teve oportunidade de decidir, por unanimidade, no REsp n. 241.831/RJ, Rel. Min. Castro Filho (DJ 03.02.2003), que *"A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6º da Lei n. 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento"*.

Portanto, estou convicta de que não houve violação ao art. 6º, VIII, do CDC, porquanto o Tribunal a quo aplicou-o corretamente no julgamento da apelação, diante do reconhecimento da verossimilhança das alegações do consumidor, conforme consta expressamente nas fls. 624/626, acima transcritas.

Esse acórdão, publicado em agosto de 2007, orientou a interpretação do art. 6º, VIII, do CDC, pela Terceira Turma, durante alguns anos, como comprovam os seguintes julgados: REsp 949.000/ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 27/3/2008, DJe de 23/6/2008; AgRg nos EDcl 977.795/PR, Rel.

Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJ de 13/10/2008; REsp 696.816/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 6/10/2009, DJe de 29/10/2009; AgRg no Ag 968.338/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 20/10/2009, DJe de 17/11/2009.); AgRg no Ag 1.028.085/SP (Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJ de 16/4/2010).

A Quarta Turma, no entanto, adotou outro entendimento, defendendo que a regra de inversão estabelecida CDC é uma regra de procedimento, de modo que é imperativo que o juízo informe as partes, antes da instrução, a quem competirá a prova de cada fato. Nesse sentido: REsp 716.386/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 15/9/2008; REsp 707.451/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 11/12/2006; e REsp 720.930/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ de 9/11/2009.

Somente no ano de 2011, a partir da análise do REsp n. 802.832/MG⁷⁶, afetado à Segunda Seção pela Terceira Turma, é que a questão foi finalmente pacificada, subvertendo-se a lógica que permeou a construção legislativa, para modificar diametralmente o sentido da aplicação da norma. Prevaleceu, enfim, o entendimento de que “não pode a inversão *ope iudicis* ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão)”. Em sua argumentação, o Relator destacou:

(...) Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento para se evitar o *non liquet* do Direito Romano, pois as consequências da não-comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova.

Nada obstante, entendo ser este somente um dos aspectos relevantes da distribuição do ônus da prova. Trata-se do aspecto objetivo, dirigido ao juiz.

Não se pode olvidar, porém, que o aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante.

Pelo aspecto subjetivo ou – na doutrina de Barbosa Moreira (Temas de direito processual civil: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74) – formal do ônus da prova, ele se apresenta, conforme destacado por Fredier Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (Curso de direito processual civil, v. 2, 4^a ed. Editora Juspodivm. Salvador: 2009, p. 74), como uma “regra de conduta para as partes” ou ainda, nos dizeres de Daniel Mitidiero (Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: 2009, p. 125), como uma “norma de instrução”.

⁷⁶ REsp n. 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/4/2011, DJe de 21/9/2011.

A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteador, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo.

Exatamente isso pode ser verificado no caso dos autos, pois o fornecedor do produto considerado viciado pelo recorrente desistiu da produção das provas testemunhal e pericial que havia requerido, comportamento que certamente não adotaria se soubesse – antes da sentença – que sobre si recairia o ônus probatório.

Influindo a distribuição do encargo probatório decisivamente na conduta processual das partes, devem elas possuir a exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Do contrário, permitida a distribuição, ou a inversão, do ônus probatório na sentença e inexistindo, com isto, a necessária certeza processual, haverá o risco do julgamento ser proferido sob uma deficiente e desinteressada instrução probatória, na qual ambas as partes tenham atuado com base na confiança de que sobre elas não recairá o encargo da prova de determinado fato.

De outro lado, o argumento de que a simples previsão legal da inversão *ope judicis* já seria suficiente para alertar as partes acerca da possibilidade da sua utilização pelo juiz quando da prolação da sentença desconsidera a distinção inicialmente referida, entre inversão *ope judicis* e *ope legis*.

Expressão dessa tendência de se conferir cada vez mais relevo ao aspecto subjetivo do ônus da prova é o Projeto de Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão presidida pelo eminente Min. Luiz Fux (Projeto n. 166, de 2010, em tramitação no Senado Federal), cujo enunciado normativo do art. 262, § 1º, dispõe que “a dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo”.

Assim, a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz “decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento” (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC).

Desse modo, confere-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança.

Em seguida, no ano de 2012, a Segunda Seção do STJ – julgando os embargos de divergência interpostos contra aquele mesmo acórdão que sedimentava o entendimento no âmbito da Terceira Turma (EREsp n. 422.778/SP) – colocou uma pá de cal na discussão, solidificando a compreensão de que a inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução. Eis a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.
2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.
3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.
4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexos causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).
5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EREsp n. 422.778/SP, Rel. Min. Ministro João Otávio de Noronha, relatora para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 29/2/2012, DJe de 21/6/2012).

Não se nega, pois, a enorme controvérsia que sempre acompanhou o debate acerca do instituto da inversão do ônus probatório introduzido pelo CDC. Explicável, inclusive, em grande parte pelo exagerado caráter subjetivo que aflige o art. 6º, VIII, do CDC, ao condicionar a inversão à análise do julgador a respeito da verossimilhança da alegação ou da sua hipossuficiência concreta. Entretanto, embora se reconheça alguma dificuldade na exegese do aludido dispositivo, o espírito normativo, a origem da norma, revela que a inversão no CDC é, de fato, uma regra de julgamento, conforme se demonstrou a partir do comentário ao artigo feito pelo próprio autor do anteprojeto.

Além disso, duas inferências objetivas podem ser extraídas dos julgamentos que modificaram a compreensão do STJ a respeito do instituto: a primeira, é a de que a alteração desse entendimento serviu aos interesses dos recorrentes, que eram fornecedores de produtos e serviços. E a segunda, e mais importante: não se observa

da análise e argumentação desenvolvida pelos votos vencedores, e isso é o que merece relevo e importância, uma mínima preocupação com o conteúdo da norma, no sentido de se considerar a inversão da prova como ferramenta de facilitação da defesa como expressão de um direito básico do consumidor. Toda a estrutura argumentativa desenvolvida é no sentido de prestigiar o direito de o fornecedor a não ser “surpreendido” por eventual decisão desfavorável em relação a uma prova que ele poderia ter produzido, mas optou por não agir. Por outro lado, nenhum argumento foi trazido em consideração ao mandamento constitucional de promoção da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), da sua vulnerabilidade presumida (art. 4º, I, CDC) ou de qualquer princípio que rege uma relação de consumo. A única preocupação demonstrada foi, por meio da aplicação de velhos brocardos da processualística tradicional, paradoxalmente, favorecer a defesa do fornecedor de produtos e serviços em relação às práticas e condutas que lhe são atribuídas pelo consumidor.

Além disso, como consequência prática, a decisão interlocutória que delibera favoravelmente à inversão do ônus da prova é passível de recurso (agravo), criando uma situação de alargamento da controvérsia, frontalmente desalinhada com os princípios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade que orientam os juizados especiais, lugar comum da maior parte das lides de consumo no País.⁷⁷

Cumprir repisar que não se desconhece a polêmica que envolve o tema. Absolutamente. Não se analisa aqui, tecnicamente, se, do ponto de vista jurídico, a solução apontada é a melhor, a mais correta. O que se constata é que a alteração levada a efeito leva em consideração uma argumentação que denota enorme preocupação em proteger os valores e interesses empresariais e, paralelamente, desconsidera completamente os princípios que enformam o microssistema de defesa do consumidor, que, como já dito alhures, reclama uma abordagem ética, axiológica e valorativa.

⁷⁷ De acordo com dados fornecidos pelo relatório “Justiça em números, ano 2023”, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (ano-base 2022), o Direito do Consumidor aparece como o terceiro assunto mais demandado no âmbito geral de toda a Justiça estadual, com 5.374.541 de processos. O número de ações envolvendo o Direito do Consumidor nos Juizados Especiais atingiu a marca de 3.962.587 processos, sem contar os recursos e a fase de cumprimento de sentença. Nas turmas recursais estaduais tramitaram 891.264 processos. E, no segundo grau da Justiça estadual, foram contabilizados 910.383 processos. (CNJ, 2023, p. 275/278). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 1º/3/2024.

Com isso, a mudança no entendimento do STJ a respeito da natureza da inversão do ônus da prova também constitui marco indelével no processo de exaurimento da força normativa, isonômica e protetiva do CDC.

4.3 O Último Ato: a decretação da morte do subsistema jurídico

A investigação proposta termina com a temática que, no ponto de vista condensado nessa pesquisa, representa o golpe final no microsistema criado. A verdadeira decretação da morte da estrutura que serviu, por décadas, como alicerce do Código de Defesa do Consumidor brasileiro: a natureza principiológica da Lei n. 8.078/1990.

Conforme ressaltado no primeiro capítulo, o CDC foi uma lei criada com um cunho inter e multidisciplinar, inaugurando um verdadeiro microsistema jurídico. Nas palavras de Filomeno, ao estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, o Código enuncia o seu caráter inderrogável, ou a sua inafastabilidade pela vontade dos interessados⁷⁸.

Nunes – para quem a edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do Sistema Constitucional Brasileiro –, assinala que, sendo uma lei principiológica, criada como um subsistema autônomo, o CDC teria vida própria, não sendo possível interpretar adequadamente a legislação consumerista sem ter em mente o fato de que ela comporta um subsistema que prevalece sobre os demais, sendo, ainda, aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar.

A isso, o aludido autor (2005, p. 69) acrescenta que o caráter principiológico específico do CDC é um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais, tornando explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais, dos quais, à frente de todos, estaria o superprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), “como especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais e apresentando-se a estes como limite intransponível a toda e qualquer norma de hierarquia inferior”.

Sobre o tema relembra Rosa *et al.* (2022, p. 1044) que “(...) ostentando caráter constitucional, a proteção ao consumidor prevalece sobre outras questões ou

⁷⁸ Filomeno. *In*: Grinover *et al.* (2004, p. 24-27).

prerrogativas infraconstitucionais, ou até mesmo prerrogativas genéricas uma vez considerada a relação de consumo um microsistema específico”.

A opção do legislador brasileiro, portanto, foi a adoção de uma lei geral, de natureza principiológica, na clara intenção de, a partir da normatividade constitucional, criar um subsistema, em tese, impermeável a outras regras infraconstitucionais que, eventualmente, desafiem a sua lógica fundamental.

Essa compreensão reverberou na jurisprudência do STJ durante os primeiros anos que se seguiram à edição da Lei n. 8.078/1990, como se extrai do julgamento do REsp n. 106.888/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ocorrido em 28/3/2001, em que a Segunda Seção, órgão que contempla os dez ministros componentes das Terceira e Quarta Turmas, discutindo a aplicabilidade do CDC aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes, fez prevalecer o voto condutor, que afirmava:

(...) Não há como deixar de reconhecer que a relação contratual estabelecida entre o cliente, mutuário ou depositante, com a instituição de crédito é uma relação de consumo. (...)

O CDC é norma de ordem pública, que se aplica a todas as relações de consumo, mesmo quando a atividade tenha legislação específica, como ocorre com a incorporação, o parcelamento do solo, o contrato bancário, pois em todas elas, guardadas as peculiaridades de cada caso, incidem os princípios do CDC sobre abusividade, boa-fé, direito de informação etc. Não é admissível que apenas por constituir um ramo diferenciado da atividade econômica, quer na incorporação, no financiamento ou no loteamento, sejam permitidas a cláusula abusiva, a má-fé, a ocultação da verdade etc. Na realidade, o CDC tem aplicação horizontal, recaindo sua incidência sempre que caracterizada a relação de consumo, que por ele fica atingida. Mas não só nesses casos, assim como enumerados nos seus primeiros artigos, mas também quando o contratante participa de relação obrigacional em que comparece com sensível desvantagem e é submetido a práticas abusivas, na forma do art. 29 do CDC. (grifo nosso)

Exemplo clássico dessa interpretação foi ecoado por ocasião do julgamento REsp n. 65.837/SP⁷⁹, no qual a Segunda Seção, examinando questão relativa à tarifação da indenização por extravio de mercadoria em contrato de transporte aéreo, decidiu que a norma setorial, no caso, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986), não deveria prevalecer após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que seria a norma específica para regular a relação de consumo.

⁷⁹ REsp n. 65.837/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, relator para acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/6/2001, DJ de 3/9/2001.

Na oportunidade, reconheceu-se, com base em diversos precedentes de ambas as Turmas componentes da Segunda Seção, que “editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer” (REsp n. 169.000-RJ, DJ 14.8.2000). No voto vencedor, foram ainda citados os seguintes julgados: REsp n. 257.833-SP, REsp n. 209.527-RJ, REsp n. 257.699-SP, REsp n. 249.321- SP, REsp n. 172.506-SP, REsp n. 235.678-SP.

O espírito da lei, portanto, foi bem assimilado pela jurisprudência do STJ, que durante vários anos firmou o entendimento de que o CDC seria a lei fundamental a ser aplicada em todas as relações de consumo. Nesse sentido, são inúmeros os precedentes que reconhecem a prevalência do CDC, ou a sua incidência simultânea, principiológica, em relação a leis setoriais, posteriores ou não.

De fato, a jurisprudência do STJ consagrou o entendimento de que i) “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes”⁸⁰; ii) “submete-se ao Código de Defesa do Consumidor a modalidade negocial relativa ao arrendamento mercantil”⁸¹; iii) “os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor”⁸²; iv) “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de financiamento imobiliário vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação”⁸³; v) “é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais”⁸⁴; vi) “os contratos de prestação de serviços de telefonia, por envolver relação de consumo, estão sujeitos à regra prevista no § 1º do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor”⁸⁵; vii) “é pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável tanto às entidades

⁸⁰ REsp n. 121.067/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 17/4/2001, DJ de 25/6/2001.

⁸¹ CC n. 39.365/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 26/2/2004, DJ de 15/3/2004.

⁸² REsp n. 420.111/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 12/3/2003, DJ de 6/10/2003.

⁸³ REsp n. 662.585/SE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 1/3/2005, DJ de 25/4/2005.

⁸⁴ REsp n. 731.078/SP, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 13/12/2005, DJ de 13/2/2006.

⁸⁵ REsp n. 436.224/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/12/2007, DJ de 11/2/2008

abertas quanto às fechadas de previdência complementar”⁸⁶; viii) “prevalecem as normas do CDC, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal precedida pela Convenção de Varsóvia, aos casos de atraso de voo, em transporte aéreo internacional”⁸⁷; ix) “tendo em vista as características do contrato associativo de consórcio, há dois feixes de relações jurídicas que podem ser autonomamente considerados. A relação entre os consorciados e a administradora, regulada pelo CDC, e a relação dos consorciados entre si, não regulada por esse diploma legal”⁸⁸; x) é possível a aplicação do CDC a fim de coibir a existência de abusividade de reajuste de mensalidades de planos de saúde⁸⁹; xi) “a relação de consumo derivada da concessão de serviço público reclama interpretação harmônica entre as regras de concessão e o Código de Defesa do Consumidor”⁹⁰; xii) “o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às operações de *leasing*”⁹¹; xiii) “os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao contrato de seguro, em que se está diante de uma relação de consumo”⁹²; xiv) a relação entre a concessionária de fornecimento de energia elétrica e o usuário final é de natureza consumerista, de maneira que é imperiosa a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto⁹³.

Como se pode inferir, em todos esses casos, e em incontáveis outros julgados envolvendo relações de consumo, o STJ convergiu quanto ao entendimento de que o

⁸⁶ AgRg no Ag n. 723.943/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 9/9/2008, DJe de 22/9/2008.

⁸⁷ AgRg no Ag n. 1.343.941/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe de 25/11/2010. É de se observar, todavia, que, recentemente, no julgamento do RE n. 36.331/RJ, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral da matéria (Tema 210/STF), firmou a tese de que, “nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

⁸⁸ REsp n. 1.269.632/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe de 3/11/2011.

⁸⁹ AgRg no Ag n. 1.382.274/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 20/11/2012, DJe de 3/12/2012. Ou, ainda: “Embora a Lei n. 9.656/98 não se aplique aos contratos anteriores à sua vigência, a eventual abusividade das cláusulas pode ser verificada à luz do Código de Defesa do Consumidor” (AgRg no AREsp n. 225.289/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe de 1/10/2015). E mais recentemente: “A jurisprudência do STJ é pacífica acerca da aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por autogestão” (REsp n. 1.642.139/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe de 30/4/2018).

⁹⁰ REsp n. 976.836/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/8/2010, DJe de 5/10/2010.

⁹¹ REsp n. 370.598/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/2/2002, DJ de 1/4/2002.

⁹² REsp n. 1.077.342/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 22/6/2010, DJe de 3/9/2010.

⁹³ AgRg no AREsp n. 659.717/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/4/2015, DJe de 23/4/2015.

CDC seria aplicável, sozinho ou em conjunto com as leis específicas, setoriais, reguladoras de cada um dos setores econômicos (incluindo aquelas editadas pelos órgãos reguladores), independentemente se essas últimas seriam posteriores, ou não, à edição do Código.

Ilustra bem essa afirmação, o julgamento do REsp n. 1.169.841/RJ⁹⁴, no ano de 2012, em que a Terceira Turma do STJ convergiu em relação ao entendimento de que

(...) Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96.

Resta claro, portanto, que, mesmo nas hipóteses em que a jurisprudência reconhece a existência de norma posterior e específica, não havia, do ponto de vista objetivo, o afastamento da norma consumerista numa relação de consumo, mas, quando muito, a incidência da regra mais nova e/ou especial em conformidade com a principiologia do Código, o que se coaduna perfeitamente com a ideia de diálogo das fontes que permeia toda a construção do subsistema, e que foi desenvolvida no primeiro capítulo.

É possível afirmar, portanto, que durante anos, ou décadas, vigorou a compreensão de que "o mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC"⁹⁵. Observa-se, entretanto, mais recentemente, a criação de uma clara hipótese de exceção a esse entendimento.

⁹⁴ REsp n. 1.169.841/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/11/2012, DJe de 14/11/2012.

⁹⁵ REsp 1.009.591/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 23/8/2010. Outros precedentes nesse mesmo sentido: AgRg nos EREsp n. 938.607/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/4/2010, DJe de 6/3/2012; REsp n. 1.216.673/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 2/6/2011, DJe de 9/6/2011; REsp n. 1.060.515/DF, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 4/5/2010, DJe de 24/5/2010; REsp n. 1.794.971/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 24/6/2020; REsp n. 1.876.630/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 11/3/2021.

A título de ilustração, merece transcrição a ementa do acórdão proferido no julgamento do REsp n. 1.999.485/DF, em que a Terceira Turma, por maioria, decidiu pelo afastamento do diálogo das fontes e, por consequência, da aplicabilidade do CDC em uma relação típica de consumo, envolvendo um contrato de compra e venda de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária.

RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSE. REINTEGRAÇÃO. TAXA DE OCUPAÇÃO. PERCENTUAL. ADEQUAÇÃO. JULGADOR. DISCRICIONARIEDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37-A DA LEI N. 9.514/1997. ESPECIALIDADE. CRONOLOGIA NORMATIVA. CRITÉRIOS. INCIDÊNCIA. **DIÁLOGO DAS FONTES. INAPLICABILIDADE.** PROVIMENTO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e n. 3/STJ).

2. A jurisprudência desta Corte consolidou a compreensão de que, em face de uma (aparente) antinomia normativa, a existência de lei posterior e especial regendo o tema determina a norma aplicável à hipótese concreta. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.999.485/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, relator para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 16/12/2022). (grifo nosso)

Na ocasião, prevaleceu o argumento de que “havendo mais de uma norma incidente sobre um mesmo fato jurídico, devem ser observados os critérios de especialidade e de cronologia estabelecidos no art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, em detrimento da tese defendida no voto vencido, de que

(...) Embora a Lei 9.514/97 disponha sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel, também incide sobre esta relação contratual o Código de Defesa do Consumidor, pois é determinado no seu art. 7º, que o direito consumerista é maior que o próprio CDC, razão pela qual este deve dialogar positivamente com as inúmeras normas inerentes aos vários aspectos da relação de consumo.

Na realidade, o aludido julgado apenas confirmou tese já defendida em outros precedentes da Terceira Turma⁹⁶, que foi, quase que imediatamente, consolidada pela Segunda Seção, em julgamento de recurso repetitivo, no Tema n. 1.095⁹⁷:

⁹⁶ AgInt no REsp 1.823.174/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 18/6/2021 e AgInt no REsp 1.871.421/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 1º/6/2021, DJe de 8/6/2021.

⁹⁷ REsp n. 1.891.498/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 26/10/2022, DJe de 19/12/2022.

(...) Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei n. 9.514/97, por se tratar de legislação específica, **afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.** (grifo nosso)

É fácil perceber que o Tribunal da Cidadania poderia simplesmente, como já fizera em inúmeros outros julgados – mormente nos casos de concessão de serviço público – consignar, por meio de fundamentação idônea, a possibilidade de convívio harmônico entre a norma setorial e a principiologia do Código de Defesa do Consumidor, a partir do marco axiológico definido pela Constituição Federal. Entretanto, ao optar por afastar definitivamente a incidência do CDC numa relação típica de consumo, o STJ, por meio de precedente qualificado, decreta a morte do subsistema vanguardista erigido pelo legislador, em meio a aplausos e comemorações, e joga ao ostracismo todo o histórico de lutas e conquistas sociais que foram arduamente consolidados no CDC.

Obviamente, ao repelir a lei principiológica de defesa do consumidor em favor da norma setorial mais moderna, o STJ franqueia, favorece e legitima a pressão dos grupos capitalistas sobre a máquina legislativa. Com isso, em pouco tempo, é fácil apostar, todos os setores econômicos terão suas leis revistas e reeditadas, quando já não o foram antes mesmo do precedente (como é o caso de várias delas), culminando na prevalência definitiva dos direitos e interesses dos fornecedores, lastreados em valores meramente econômicos, e, simultaneamente, no esvaziamento completo do diploma legal que, quando concebido, foi comemorado como símbolo de um enorme avanço civilizatório.

5 CONCLUSÃO

Embora não seja possível concluir um trabalho de pesquisa, a não ser em virtude de uma decisão, considerados os mais diversos fatores que o delimitam (destacadamente, o prazo a ser cumprido), cabem algumas considerações a respeito do caminho percorrido até a chegada da hora de formalizar o encerramento da presente dissertação.

A inquietação resultante de um olhar crítico e atento às questões envolvendo o direito do consumidor no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em mais de 20 anos de atuação profissional, como já pontuado, foi o grande mote da pesquisa. A observação de como se comportava a jurisprudência durante mais de duas décadas de trabalho diário conduziu à conclusão de que as principais estruturas criadas pelo legislador, que outrora teriam sido festejadas por juristas, julgadores e doutrinadores, passaram a ser, paulatinamente, rechaçadas, esvaziadas, transformadas ou retiradas da ordem jurídica. Sistemáticamente, em prejuízo do consumidor.

Durante muito tempo, não foi possível a compreensão de alguma lógica racional que pudesse oferecer algum sentido ao fenômeno. Ora, o Superior Tribunal de Justiça atualmente é composto de 33 (trinta e três) ministros. Muitos são substituídos ao longo do tempo pelos mais diversos motivos (aposentadoria, problemas de saúde, falecimento), o que significa que um número muito maior de julgadores trataram da temática consumerista no âmbito das competências de cada um dos órgãos fracionários do Tribunal. No entanto, o processo de declínio do CDC sempre se manteve constante, independentemente da composição da Corte. O que poderia, então, explicar essa derrocada?

Inicialmente, a pesquisa conduziu a uma possível resposta, que passou a ser investigada. De fato, a primeira pista encaminhava para a possibilidade de que o CDC tivesse envelhecido rapidamente, passando a ser incapaz de oferecer soluções para os problemas da sociedade hipermoderna, para as questões envolvendo as novas formas de negócio surgidas nos mais de 30 anos de sua vigência, e, em especial, aquelas relacionadas à realidade virtual e ao universo digital que cresceu exponencialmente desde o ano de 1990, quando a Lei Federal n. 8.078 entrou em vigor.

No avançar da pesquisa, percebeu-se, todavia, que o fator “envelhecimento” era incapaz de justificar a maior parte dos casos concretos. Ao avançar sobre os julgados, a pesquisa pôde constatar que boa parte dos julgamentos que culminavam com a retirada de direitos do consumidor derivavam de uma guinada jurisprudencial que, em casos rigorosamente idênticos, julgando situações já consolidadas, recorrentes e triviais, passavam a reinterpretar a mesma lei sob uma nova ótica, alterando o seu alcance e a sua aplicação em benefício dos fornecedores de produtos e serviços. Não havia, nas decisões mais marcantes, o exame de nenhuma questão “hipermoderna” ou inédita. Ao revés, o traço mais pronunciado no processo de pesquisa foi precisamente o fato de que as questões submetidas já haviam recebido, pouco tempo antes, um tratamento favorável ao consumidor e que, de repente, sem uma alteração legislativa, ou sem a evidência de nenhum motivo urgente, especial ou relevante, passavam a ser julgadas de outra forma, favorecendo, então, os interesses dos empresários.

Questões como a possibilidade, ou não, da revisão de ofício de cláusulas abusivas; da natureza de técnica de julgamento (e não de procedimento) da inversão do ônus da prova no CDC ou, ainda, da incidência irrestrita do CDC às relações de consumo eram questões bastante conhecidas do STJ, que não tinham, portanto, nenhum ineditismo ou traço vanguardista.

Observou-se, nesse caminhar, que, em vários casos, a motivação econômica passava a ser considerada, ponderada ou destacada para receber novo tratamento a partir de institutos fora do Direito do Consumidor, em detrimento da construção até então alinhada à doutrina especializada, que passava a ser descartada a partir do novo julgamento. A lógica que justificava o espírito da lei, a dúplici natureza (de direito e de garantia) e o postulado de vulnerabilidade era desconsiderada ou diminuída, passando a ter importância uma solução que melhor se conciliasse com os interesses econômicos.

Posto isso, ganhou relevância a busca da compreensão acerca do fato de os interesses econômicos serem prioritários num ambiente em que, em tese, se busca um sentido da juridicidade, da ordem jurídica justa, dos interesses sociais e coletivos. Passou a ser central na pesquisa a procura de uma explicação para que o valor econômico prevalecesse ao valor jurídico. Para que o argumento econômico determinasse a interpretação da lei, em detrimento do argumento jurídico. E uma

hipótese foi descortinada por meio da crítica ao papel institucional que a tradição liberal reserva ao Poder Judiciário.

A questão passou a ser compreendida como um problema estrutural dentro da arquitetura construída a partir da lógica liberal, e do conteúdo de seus principais conceitos: Estado de Direito, liberdade (negativa), democracia (representativa) etc. A resposta à pergunta surgiu de análise crítica, a partir dos poucos autores que ousam tecê-la, que expõem as contradições do liberalismo e colocam em xeque as suas sagradas estruturas. A pesquisa, com isso, passou a jogar luz sobre uma arrumação institucional que acaba por cumprir bem o seu papel dentro da racionalidade imposta pelo ideário liberal, mas que não distribui a justiça social, aumentando a distância entre a população e as estruturas de poder, amplia desigualdades, conserva privilégios e submetem os vulneráveis às vontades dos abastados.

Daí ressalta-se a importância do trabalho, ao tratar de tema sensível, partindo da crítica a uma lógica hegemônica, praticamente inquestionável, que ressoa como o grande grito de liberdade e de democracia. E, ao deparar-se com a realidade que molda o papel institucional do Judiciário nessa estrutura, a resposta cai como uma luva, haja vista que o resultado nada mais é do que o que se espera dessa organização que tem como valor supremo o lucro, a proteção da propriedade privada e a manutenção dos contratos sob a égide do privado, afastando, assim, a dimensão coletiva, plural e holística das relações de consumo.

A conclusão possível, portanto, é que o conteúdo do núcleo do Estado de Direito encerra amarras ao exercício pleno da democracia e a emancipação de direitos fundamentais. Em última análise, as ferramentas existentes, da forma como criadas e manejadas, constituem instrumentos de manutenção de privilégios. É um arranjo que deixa claro os que mandam e os que obedecem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert *et al.* *Derechos sociales y ponderación*, 2. ed. Madri: J. San Rosé S.A., 2009.

ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, jan./mar. 1997.

ALPA, Guido. *Diritto privato dei consumi*. Il Mulino, 1986.

ANDRADE, Ledio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os Ricos: a cartilha neoliberal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios Sobre a Liberdade*. 2.ed. Brasília: EDU, 1969.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: EDU, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 3. ed., v. 2. Brasília: EDU, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: R.T., n. 6, 1993.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. 7. ed., 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *O Que é Ideologia?* 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Civilização Capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação e Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca et al. Curitiba: Juruá, 2010.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel*. 19. ed. São Paulo: Ática, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica)*. Faculdade de Direito GV, São Paulo, n. 17, mar. 2008.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor – conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito da Relação de Consumo: consumo e sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EFING, Antônio Carlos.; BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Abordagem Constitucional do Código de Defesa do Consumidor na Proteção da Sociedade de Consumo. *Revista Brasileira de Direito Comercial*, n. 42, ago.-set. 2021.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. ed. Tübingen, 1990, p. 51.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2009.

FERRAJOLI, Luigi. SENESE, Salvatore; ACCATTATIS, Vincenzo *et al. Política y Justicia em el estado capitalista*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Barcelona: Editorial Fontanella, 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “Processo do Consumidor”. *Revista da EMERJ*, v. 1, n. 2, 1998.

GALBRAITH, John Kenneth. *A Era da Incerteza: história das ideias econômicas e suas consequências*. Tradução de F. R. Nickelsen Pellegrini, 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1980.

GAMBARO, Marco. *Consumo e difesa dei consumatori – Un`analisi economica*. Laterza, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004,

GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça*. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. (Coleção José do Patrocínio).

GORDILLO, Agustín. Los derechos humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación. In: *Direitos humanos e democracia*. Clemerson Merlin Cleve; Ingo Wolfgang Sarlet; Alexandre Coutinho Pagliarini. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. *História do Pensamento Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70 LDA, 2007.

KOSIK, Karel. *A Dialética do Conceito*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarrolla, 2004).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, v. 141, jan./mar. 1999.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 2011.

LYRA, Rubens Pinto. *Ideologia*: conceito e características. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/ideologia-conceito-e-caracteristicas/>. Acesso em: 27 jun. 2023.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no CDC*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Básicos do Consumidor*. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas. Renan Lotufo, Fernando Rodrigues Martins (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

MARX, Karl. *Textos Filosóficos*. Lisboa: Estampa, 1975.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, RT, v. 11, 1994.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SOUZA, Joyce Karine de Sá. Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, set.-dez. 2017.

McKENDRICK, Neil. *Summary of the Consumer Revolution of Eighteenth-Century England*. In: *The Consumer Society*. Bloomington: Indiana University Press, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo*. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC*. São Paulo: Forense, 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães de; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. Capitalismo, globalização econômica e superendividamento do consumidor na era da hipermodernidade. In: VERBICARO, Dennis; ATAÍDE, Camille; ACIOLI, Carlos. *Provocações Contemporâneas no Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

PASSOS, Rafael Ribeiro Bueno Fleury de. *A constitucionalização do direito civil e a revolução no direito privado brasileiro*. In: FERREIRA, Keila Pacheco; BORGES, Julia Tavares; MARTINS, Rafael Lara (Org.). *Direito privado nos 30 anos da constituição*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PERIN JUNIOR, Ecio. *A Globalização e o Direito do Consumidor: aspectos relevantes para a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri, SP: Manole, 2003.

POLANYI, Karl (1886-1964). *A grande transformação: as origens políticas e econômicas de nossa época*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2021.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICH, Norbert. *Mercado y derecho*. Teoria y práxis del derecho económico em la República Federal Alemana. Barcelona: Ariel, 1985.

RIOS, Josué. *A Defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*. Rio de Janeiro: Mauad, 1988.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. A Ideologia e o Conceito do Justo. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 8, 1999.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; STRACK, Amanda Filsner Dias; CUNHA, Beatriz Andrade Gontijo; FÉLIX, Vinícius Cesar. Da primazia do CDC sobre o CBA, no serviço de transporte aéreo doméstico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 8, (2022), n. 3.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia do Século XXI*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SANTOS, Altamiro José dos. Direitos do Consumidor. *Revista do IAP*. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná.

SANTOS, Manoel *et al.* *Lobbying no Brasil: profissionalização, estratégias e influência*. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília/Rio de Janeiro: Ipea, 2017

SILVA, Alessandro da.; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz.; FELIPPE, Kenarik; SEMER, Marcelo. *Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

STOPPINO, Mario. *Dicionário de Política*. Org. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: EDU, 1998.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TASCHNER, Gisela Black. *Proteção do Consumidor: um estudo comparativo internacional*. Escola de Administração de Empresas de São Paulo, FGV, 1995. Disponível em https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/P00056_1.pdf. Acesso em 10.11.2022.

TEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. ISBN 9788530992941. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 16 mar. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumos no Brasil. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VERBICARO, Dennis; OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. O mito da soberania do consumidor na era da hipermodernidade: a economia do nosso tempo e suas implicações no mercado de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 141. Ano 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio.-jun. 2022.

WEBER, Max, 1864-1920. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo* [livro eletrônico]. Tradução de Mário Moraes, São Paulo: Martin Claret, 2020.

WILLENS, Emílio. Dicionário de Sociologia, Ed. Globo, Porto Alegre, 1961. In: ROSA, Felipe Augusto de Miranda. A ideologia e o conceito do justo. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 8, 1999, p. 130.

WOOD, Ellen Meiksins. *Peasant-citizen and slave: the foundations of Athenian democracy*. Londres: Verso, 2015.

ZOLO, Danilo. *Teoria e Crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Orgs.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.