



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O abuso de direito do consumidor nos contratos de consumo

Ricardo Guimarães Luiz Ennes

Rio de Janeiro
2012

RICARDO GUIMARÃES LUIZ ENNES

O abuso de direito do consumidor nos contratos de consumo

Artigo científico apresentado à
Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro, como exigência
para obtenção do título de Pós-
Graduação. Professores

Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

O ABUSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Ricardo Guimarães Luiz Ennes

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado

Resumo: O trabalho enfoca o instituto do abuso de direito, mas quando ele é cometido pelo consumidor nos contratos de consumo. Inicialmente, procurou-se definir e explicar as bases sobre as quais se assenta o instituto, bem como a sua relação com o direito do consumidor, como microssistema protetivo. Após, procurou-se traçar linhas gerais sobre a cláusula geral da boa-fé objetiva, com o fito de nortear a aplicação do instituto do abuso, bem como do princípio da confiança. Por fim, procurou-se demonstrar por meio de exemplos concretos apreciados pela jurisprudência, a possível aplicação do instituto em face do consumidor.

Palavras-chave: Direito civil. Abuso de direito. Boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Direito do consumidor.

Sumário: Introdução. 1. Conceito do instituto do abuso de direito. 2. O Código de Defesa do Consumidor e sua ligação com o novo Código Civil. 3. Interpretação dos contratos de consumo à luz da boa-fé objetiva e do princípio da confiança com o fito de evitar abusos, também por parte do consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora desenvolvido enfoca, fundamentalmente, o abuso de direito nos contratos de consumo. Entretanto, possui como diferencial o fato de realizar uma análise inversa da normalmente desenvolvida pelos estudiosos do tema, ou seja, pretende-se pesquisar casos em que quem comete o citado abuso é o consumidor, figurando o fornecedor como vítima.

Nessa linha de intelecção, será utilizado como parâmetro o art.187 do Código Civil (CC), dispositivo inserto na parte geral, em que o abuso de direito está conceituado. Partindo de tal premissa, em primeiro lugar serão traçadas as diretrizes básicas do instituto, para depois se demonstrar a possibilidade de sua aplicação nos contratos regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC). Após, se provará que o consumidor também pode cometer o abuso em face do fornecedor.

Justifica o presente estudo o crescente número de consumidores que agem em desconformidade com a boa-fé objetiva, cometendo abuso de direito em face dos fornecedores, sem que, contudo, sejam sancionados por parte da jurisprudência, que por sua vez trata tal conduta com condescendência. Ademais, tal abuso viola o objetivo inicial do CDC, que era equilibrar as relações de consumo, promovendo o princípio da isonomia em sua acepção material. Por conseguinte, é imperativo se estudar e entender melhor esse fenômeno com o objetivo final de coibi-lo.

Por isso, o trabalho busca trazer a discussão acerca do abuso de direito analisado através dessa nova vertente, e a sua relação com o extenso número de prerrogativas possuídas por aquele grupo. Será demonstrado que a jurisprudência, dando interpretação demasiadamente elástica a alguns dispositivos insertos no CDC, promove injustiças, beneficiando demandantes que agem com má-fé. Desse modo, se tentará explicitar que o fim último do legislador quando da edição do CDC, assim como do constituinte, quando da criação das normas constitucionais que protegem e inserem o consumidor em um sistema especial de proteção, não foi o de lhe conceder prerrogativas ilimitadas, mas sim harmonizar as relações entre os contratantes.

1 CONCEITO DO INSTITUTO DO ABUSO DE DIREITO

O abuso de direito não é um instituto novo, malgrado só ter previsão legal expressa em no ordenamento a partir da vigência do Código Civil de 2002 (CC). Ensina a Menezes Cordeiro¹ que “As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso de direito, datam da fase inicial do Código de Napoleão.”

Segundo a melhor doutrina², o instituto ora em comento deriva do direito medieval, mais especificamente dos pós-glosadores, que já se valiam do que hoje se conhece como Teoria dos Atos Emulativos. Esses atos se caracterizavam como aqueles que, quando exercidos, não traziam qualquer utilidade prática para o agente que os perpetrava, senão atrapalhar, impedir ou inviabilizar atos e condutas de outrem. Necessitavam, pois, para se configurar, da intenção do agente em prejudicar a outrem, além da inutilidade do ato para o titular do direito. Contudo, alerta Menezes cordeiro³, que não houve propriamente uma teoria geral dos atos emulativos. Segundo o professor, a citada teoria era aplicava mais por razões de ordem empírica – eis que atendia a postulados de justiça - do que propriamente teórica, e principalmente no âmbito dos direitos de vizinhança.

Perceba que para essa teoria, o titular do direito, formalmente, não pratica qualquer ato ilícito, visto que apenas exerce um direito subjetivo, em princípio lícito, que indiscutivelmente possui - aliás, parte minoritária da doutrina⁴ resiste, ainda hoje e malgrado previsão expressa do novo CC nesse sentido, em incluir o abuso de direito na

¹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almerinda, 2001. Almerinda. p. 671

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Direito Civil – Teoria Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 504

³ CORDEIRO, op. cit., p. 674

⁴ CARPENA, Heloisa. *In* TEPIDINO, Gustavo *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 406

categoria de ato ilícito, sob o argumento de que o ilícito pressupõe reprobabilidade prévia pelo ordenamento, não comportando abuso.

O problema - ainda para a teoria dos atos emulativos - é axiológico, valorativo, pois o exercício do direito é propositalmente realizado de modo a atrapalhar ou impedir a atividade de outrem, sem, contudo, trazer utilidade prática para seu titular.

É certo que, em princípio e como já mencionado, a citada teoria se aplicava basicamente aos direitos de vizinhança. Com a sua natural evolução, passou a ser também aplicada nos direitos reais como um todo e, posteriormente, também aos negócios jurídicos, sempre com um intenso elemento subjetivo, que era a intenção do agente de prejudicar ao outro. Também se exigia, como forte vetor de interpretação, que a conduta desenvolvida não fosse capaz de gerar qualquer utilidade prática para o seu perpetrador, o que legitimaria a ação - e que em muitos casos inviabilizava por completo sua aplicação.

Parece desnecessário mencionar que para ter aplicação, a linha de raciocínio aqui explicitada, considerava como elemento *sine qua non* a real existência da titularidade do direito subjetivo pelo agente, já que se não possuísse tal prerrogativa, pelo menos formalmente, não sealaria em ato emulativo, tampouco em abuso de direito, mas sim em ato ilícito propriamente dito - o que obviamente torna desnecessária a aplicação do instituto bem como inútil toda elucubração teórica que o cerca.

A partir do início século XX, segundo a doutrina⁵, percebeu-se que a teoria dos atos emulativos não era suficiente para resolver determinadas situações, e a causa de sua ineficiência era, em grande medida, o seu caráter subjetivista. É que nunca se

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.446

conseguiu estabelecer um parâmetro seguro para a aferição do que seria uma ação legítima do agente, no exercício de seu direito. Da mesma forma, quedava-se por vezes inviável a aferição do dolo e da culpa do agente na prática de atos que excediam do limite do razoável.

Por isso surgiu a Teoria do Abuso, que constitui uma versão objetivada da teoria medieval dos atos emulativos (que por incrível que pareça ainda se encontra presente em nosso recente Código Civil em dispositivo completamente inútil, diga-se). O CC/16 foi tímido ao tratar do instituto, apenas fazendo menção ao tema no art.160, I⁶, por meio de chamada proibição de atos irregulares. Entretanto, o abuso conta com previsão expressa no CC/02, no art.187, cuja redação é a seguinte: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."⁷

Perceba que o legislador do Código não se valeu de expressões de cunho subjetivo ou de termos que remetem a intenção psicológica do possuidor do direito, limitando-se, pois, a dizer que se enquadra no dispositivo quem excede certos limites. Tais limites, para a doutrina mais autorizada, são impostos pela boa-fé objetiva.

Ressalte-se que pouco importa, no atual ordenamento, se o ato abusivo irá ou não trazer algum benefício ao sujeito que o pratica. Da mesma forma, incabível indagar se era ou não a intenção do agente prejudicar a outrem. Importa sim, vale dizer, aferir se os limites do direito subjetivo, que serão pautados pela boa-fé objetiva e pelo fim social a qual a norma se destina, foram respeitados – e nesse ponto se afigura

6 A título de curiosidade, é interessante colacionar a redação completa do dispositivo do Código revogado: Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. II. A deterioração ou destruição da coisa alheia, afim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520).Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 06 out, 2012

⁷ *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15. ed. São Paulo: Ridel, 2012.p. 143

essencial a contribuição de Josserand, como demonstra a doutrina⁸, que assinalou as bases teóricas do instituto, nos seguintes moldes: titularidade de um direito subjetivo; utilização nos limites subjetivos que lhe são traçados por lei; e confrontação do elemento pessoal com o fim do direito em causa.

Não se desconhece que para se investigar qual o fim social de determinada norma, que assegura um direito específico a determinado agente, ainda será necessária uma análise individualizada, impregnada de conceitos axiológicos. O que nunca deve ser perscrutado, sob pena de retrocedermos a teoria do período medievo é o elemento psicológico que, como já largamente explicado, é a intenção do agente em prejudicar a outrem – é a boa-fé considerada em sua acepção subjetiva, vale pontuar.

Com base nessas considerações, autorizada doutrina⁹, bem como a jurisprudência amplamente dominante, asseveram que o abuso de direito gera uma responsabilidade de índole objetiva para quem o pratica, já que pautado quase que exclusivamente na boa-fé objetiva, se percebe a sua ocorrência. Vale uma breve e bem sintética explicação da diferença entre boa-fé objetiva e subjetiva.

Segundo os estudiosos¹⁰, a primeira busca aferir a intenção psicológica do agente, seu ânimo interno, na hora em que realiza determinada conduta ou externa certa manifestação de vontade. Assim, para que se configure, basta que o agente acredite estar agindo em consonância ao direito. Já a segunda – a objetiva -, pretende analisar os atos do agente, segundo um modelo objetivo de conduta, devendo ele pautar sua atuação pela de uma pessoa leal, proba e honesta. Ela é perscrutada no âmbito externo ao agente, enquanto que a primeira, o é tão somente em seu âmbito interno.

⁸ FARIAS; ROSENVALD. op. cit., p. 505

⁹ GAGLIANO; FILHO. op. cit., p.448

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. in PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010. p.483.

Por isso, quando a doutrina mais técnica se refere à boa-fé subjetiva, afirma que determinada pessoa “agiu de boa-fé”, isto é, crendo estar agindo com correção em relação à determinada regra jurídica – nesse sentido há previsões em sede de direito possessório e de família. Já quando o assunto é a boa-fé objetiva, diz-se que a pessoa “agiu conforme a boa-fé”, no sentido de que seu comportamento, analisado sob um prisma externo, guardou correção com a conduta proba e honesta que dele se poderia esperar.

Cabe aqui um esclarecimento. Não é nossa intenção, no presente trabalho, esmiuçar a parte histórica do instituto do abuso, muito menos realizar um estudo detalhado sobre a boa-fé. O que se fez foi apenas um pequeno apanhado sobre tais assuntos, pois têm pertinência com o tema-núcleo, que será desenvolvido. A parte boa-fé tem grande importância dentro do tema proposto, pois é ela o maior instrumento interpretativo para que se possa aferir a existência de eventual abuso. Já a parte história permite analisar o desenvolvimento do instituto de forma a ligá-lo ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), diploma que guarda fundamento Carta Magna.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA LIGAÇÃO COM O NOVO CÓDIGO CIVIL

É interessante notar, que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) diz - não em qualquer lugar, mas em seu rol de direitos e garantias fundamentais - no art.5º, XXXII, que o Estado promoverá a defesa do consumidor. A figura do consumidor também está presente em outras diversas passagens do texto constitucional. Legislar sobre sua defesa é competência concorrente de todos os entes políticos na forma do art.24 VII; sua informação sobre impostos incidentes sobre

produtos é fomentada no art.150,§5º; a sua defesa constitui um princípio da ordem econômica, como o disposto no art.170, V. O grande número de dispositivos dedicados ao tema denota que a figura do consumidor foi muito cara ao constituinte originário, merecendo, pois, proteção especial.

Objetivando concretizar todos os direitos acima enumerados, ordenou ainda o constituinte, no art.48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a criação do CDC no prazo de 120 dias, a contar de sua promulgação.

Com o atraso habitual, o legislador cria o CDC em só 1990, com o claro objetivo de, concretizando um mandamento constitucional, fornecer mais direitos e garantias para o consumidor. Dentre tantas prerrogativas, cite-se a inversão do ônus da prova, a possibilidade de escolha do foro para a tramitação de ações judiciais, o direito de arrependimento da compra de produtos feita longe do estabelecimento comercial, dentre outras. Mas a que mais se destaca, podendo ser considerada a principal, é a responsabilidade objetiva do fornecedor por vício e por fato do produto ou do serviço, prevista respectivamente nos artigos 12 e 14 do CDC. Tal previsão é deveras importante ao sucesso da norma em comento.

A partir desse marco, se opera uma verdadeira revolução nas relações de consumo. O consumidor passa a se conscientizar de seus novos direitos, alertado e estimulado, principalmente pela mídia, forçando os fornecedores a adotar outras práticas comerciais, de modo a atender as novas diretrizes traçadas pelo até então recente CDC. Nesse momento, foram fundamentais para o sucesso do estatuto consumerista as chamadas regras protetivas, que criaram verdadeiros “superdireitos” para o consumidor, partindo da premissa – correta, diga-se - de que ele era hipossuficiente em relação ao fornecedor.

É que até então os contratos, de modo geral, inclusive os de consumo, eram regidos, quase em sua totalidade, exclusivamente pelo Código Civil de 1916 (CC/16), diploma excessivamente patrimonialista e alijado do espírito da nova Constituição. Isso provocava uma desvantagem acentuada do consumidor – elo mais fraco da relação contratual, hipossuficiente, portanto -, promovendo abusos por parte dos fornecedores, que se valiam de sua estrutura empresarial e jurídica privilegiadas para subjugar-lo com o fito de majorar irracionalmente seus lucros.

O CDC trouxe também em seu bojo certas normas que, segundo parte da doutrina, são proibitivas de abusos de direito¹¹. Dentre tais dispositivos, destacam-se os seguintes: art.6º, IV, que proíbe a publicidade enganosa e abusiva; art.28, que permite a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, bem como o seu parágrafo 5º do que permite a desconsideração até pela tercia menor, sendo exigido tão somente a incapacidade da empresa ressarcir os prejuízos causados ao consumidor; art.51, que institui a nulidade das cláusulas abusivas; dentre outros.

Ressalte-se que como sói ser toda lei dita protetiva, os citados dispositivos protegem só um lado da relação, relegando ao outro, caso necessário, as normas de direito comum, notadamente o CC. Em tese não há problema algum em relação a isso, mas na prática tais privilégios acabam por permitir injustiças, como será demonstrado.

Cabe fazer uma crítica. Tais dispositivos não parecem caracterizar casos em que ocorre propriamente um abuso, pois quando o fornecedor atua descumprindo-os, pratica, na verdade, ato materialmente desconforme ao direito. Ele não se excede, eis que não há como se exceder no exercício de algo que nunca se possuiu – é que possuir um direito é antecedente lógico a excedê-lo. Os atos retratados nas normas citadas no

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA; Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009. p. 59

parágrafo anterior são, desde o nascedouro, atos ilícitos. Não existe direito à publicidade enganosa, por exemplo, mas sim a publicidade lícita. Não existe direito à inserção de cláusulas abusivas no contrato, mas sim a inserção de cláusulas equânimes, pautadas sempre na boa-fé e na função social do contrato. Feita a publicidade enganosa, ou inserida cláusula abusiva, ocorrerá verdadeiro ato ilícito, pouco importando a intensidade da mácula em si.

Até porque, caso se admita que realmente se esteja a tratar de abuso em tais casos, imperioso se fará, por coerência, admitir-se que exista um direito subjetivo à publicidade enganosa, ou a cláusulas abusivas, - para continuar com os exemplos citados – pois como já explicado supra, a existência do direito subjetivo a determinada conduta é pressuposto da configuração do ato ilícito inserto no art. 187 do CC. Isso implica ainda em admitir-se que esses “direitos” poderiam ser pleiteados em juízo, como todos os demais direitos subjetivos, o que obviamente não guarda qualquer lógica. Malgrado a crítica, é unânime em doutrina¹² que os referidos dispositivos concretizam a proibição de abuso de direito por parte do fornecedor, positivada no CDC. Argumentam tais autores que, uma vez feita de modo inadequado, a publicidade que a princípio é lícita, exemplificando, se converte em enganosa, e que daí procede a tese de que configuram tais normas abusos de direito previamente vedados, construção de pensamento que não nos convence, contudo.

Com a entrada em vigor, em 2003, do CC/02, outra grande mudança entra em cena. É o desvio de foco, agora da lei substantiva, do patrimônio para a pessoa humana, atendendo a postulados constitucionais – principalmente aos fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e da cidadania. O *Código Reale* trouxe novos paradigmas para o direito civil, dentre os quais se destacam o da socialidade, o da

¹² Por todos, consulte-se FARIAS; ROSENVALD. op. cit., p. 507

operabilidade e o da eticidade, ideias que buscam, respectivamente: a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais; a efetivação do direito, com a facilitação de sua operacionalização; e o reconhecimento do valor da pessoa humana como fonte de onde emanam todos os demais valores.

Outra inovação importante trazida pelo CC/02 foi a criação das chamadas cláusulas gerais, que são normas com conceitos propositalmente abertos¹³, que permitem ao intérprete a solução do caso concreto à luz dos valores acima expostos, de modo a, em última análise, conferir justiça ao caso julgado, realizando outro mandamento constitucional, que é o do devido processo legal em sua concepção material – nunca é demais lembrar que é de tal direito fundamental que, segundo autorizada doutrina, decorre implicitamente o princípio da proporcionalidade, postulado que deve ser observado em todas as relações jurídicas, mormente nas de consumo. Dentre essas cláusulas abertas instituídas pela *novel* legislação cível, se destacam a da boa-fé objetiva (já comentada), a da função social e a do abuso de direito.

Sucedo que há essa altura e já passados 13 anos desde o advento do CDC, o consumidor passou a se conscientizar que tinha direitos. Passou, do mesmo modo, a brigar por eles e a buscá-los, por vezes em juízo. Ocorre que, como é da natureza humana, alguns abusam das prerrogativas insertas na lei protetiva, desvirtuando os institutos lá presentes de modo a lesar os fornecedores, cometendo, como se provará no presente trabalho, o abuso de direito.

É o que acontece quando, por exemplo, se valendo do direito de arrependimento, o consumidor realiza, desconforme a boa-fé (pois em verdade nunca teve a intenção de ter o bem para si), a compra de uma roupa, utilizando-a pelos sete dias do prazo que detém para requerer a revogação do negócio e, depois, busca ser

¹³ TARTUCI, Flávio *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 123

ressarcido no montante pago, agindo em gritante desconformidade com o espírito da norma.

Também é comum o abuso por parte do consumidor nas normas protetivas de caráter processual, como por exemplo, a que determina a inversão do ônus da prova ou a que permite a tramitação do processo no foro de domicílio do autor. Em momento oportuno todos esses casos serão comentados.

3 INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA COM O FITO DE EVITAR ABUSOS, TAMBÉM POR PARTE DO CONSUMIDOR.

É de conhecimento público que o consumidor conta com toda a sorte de direitos e prerrogativas. Não serão elas, aqui, explicadas de modo extenuante, senão mencionadas com o fim de ilustrar a proposta que se defende. Caso queira, o leitor não terá dificuldades de encontrar as mais diversas obras tratando do tema, cujo enfoque, via de regra, está voltado para a defesa do consumidor e a efetiva utilização de suas prerrogativas.

O que o presente artigo visa, é alertar sobre o abuso desses direitos e prerrogativas, esmiuçando o tema e analisando possíveis casos concretos, o que se fará em momento oportuno. Pautado nessa ideia, desde logo se adianta que no mais das vezes ele ocorre quando o consumidor age desconforme a boa-fé, cláusula geral que se encontra presente não só no art. 422 do CC, mas também no CDC, como se infere a partir da análise do seu art.4º, III, in verbis:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de

desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;¹⁴

É corriqueiro que nos contratos de consumo, recorra-se à boa-fé somente para punir o fornecedor, quando este não procede em conformidade a ela – o que, mais uma vez ressaltamos, é correto. Mas a pergunta que deve ser feita nesse ponto é outra: a boa-fé pode ser aplicada também com o fito de analisar a conduta do consumidor em face do fornecedor? A resposta para essa indagação, malgrado parecer óbvia, merece certa reflexão, pois não há previsão expressa nesse sentido em todo o CDC. Entretanto, como se percebe a partir da leitura do dispositivo colacionado, a norma em comento se afigura como verdadeiro princípio geral de direito – como o já exposto linhas atrás. Portanto, é inafastável aos olhos do legislador, inclusive o consumerista.

Assim, tal mandamento deve nortear a interpretação dos contratos de consumo de modo geral, sendo correto afirmar que a boa-fé permeia atualmente todo o núcleo interpretativo do direito positivo. Ela harmoniza as relações contratuais, suprimindo, quando necessário, eventuais lacunas no pacto firmado entre as partes - pelo que se fala que ela tem uma função integrativa¹⁵ -, oferecendo suporte para uma justa solução, que deverá ser tomada tendo em mente ainda os princípios da razoabilidade e da função social dos contratos.

Nessa linha de intelecção, deve-se atentar para o fato de que mais do que buscar a defesa dos consumidores como pessoas físicas, a norma protetiva atende a um imperativo constitucional de defesa da ordem econômica, consubstanciado no art.170, V da Carta Magna¹⁶. O raciocínio deve ser, por conseguinte, no sentido de que a *mens*

¹⁴ *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 15 ed. São Paulo: Ridet, 2012. p. 65

¹⁵ TARTUCE. op. cit., p.131

¹⁶ BENJAMIN; MARQUES; BESSA. op. Cit.,49

legis da norma é o de, conferindo equilíbrio às relações mantidas entre as partes, fortalecer o mercado com o conseqüente fortalecimento da indústria e da economia, o que em última instância contribui para o engrandecimento do país. A importância que o legislador constituinte originário quis conferir ao diploma em tela é, pois, infinitamente maior do que a que normalmente se lhe atribui.

Desse modo, para que o consumidor exerça os vários instrumentos que o Estatuto Consumerista lhe outorgou, imperioso se faz a observância da boa-fé, sob pena de restar desvirtuado o objetivo primordial do legislador, que, repita-se, não foi a de privilegiar o consumidor em detrimento do fornecedor, mas sim provocar um equilíbrio na relação travada entre as partes, sem descuidar dos imperativos de ordem econômica, imprescindíveis até mesmo para o desenvolvimento da economia nacional.

Não raras vezes tais prerrogativas são utilizadas de modo a ferir o direito do fornecedor, prática que infelizmente tem sido chancelada pelo poder judiciário. É certo que em grande medida esse fenômeno ocorre por culpa dos próprios fornecedores, que ao longo dos anos perpetraram – e ainda perpetraram, vale resaltar – inadimplementos, abusos e uma infinidade de atos ilícitos, vitimando o consumidor hipossuficiente. No entanto, em atenção aos reais objetivos do CDC, isso deve mudar.

Uma tese que tem potencial para servir como importante instrumento dessa pretendida transformação é a conhecida Teoria dos Atos Próprios, e seus diversos substitutos. Essas normas são fruto, fundamentalmente, da aplicação conjunta de dois princípios jurídicos, quais sejam, o da boa-fé e o confiança. Entretanto, normalmente a jurisprudência se vale tão somente do princípio da boa-fé para justificar a teoria em debate, o que, para a mais abalizada doutrina que se debruçou sobre o assunto¹⁷, não é

¹⁷ CORDEIRO. op. cit., p.752

satisfatório, seja sob o ponto de vista teórico, seja sob o ponto de vista prático. Imperioso se faz, portanto, recorrer ao outro princípio citado, o da confiança.

A teoria em tela busca fundamentalmente evitar a ocorrência de comportamentos contraditórios, tutelando, pois, a legítima expectativa de gerada em outrem. Apesar de não contar com previsão expressa no ordenamento, tem sido cada vez mais utilizada pela jurisprudência como modo de coibir o abuso de direito, como ensina a doutrina¹⁸.

Um dos principais postulados da Teoria dos Atos Próprios é o conhecido *venire contra factum proprium*, que tutelando a legítima confiança de uma parte depositada na outra, busca conferir segurança jurídica as relações contratuais, coibindo abusos. Sobre o tema, assenta com precisão Menezes Cordeiro que:

Venire contra factum proprium postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reacções afectivas que devem ser evitadas.¹⁹

A referida regra tem sido aplicada pela jurisprudência em casos concretos. Imagine-se o seguinte exemplo: um consumidor recebe, sem ter feito qualquer requerimento nesse sentido, um cartão de crédito enviado por uma das várias administradoras que operam no país. Como se não bastasse, a administradora ainda começa a cobrar, de plano, uma taxa mínima pela administração do cartão que, ressalte-se uma vez mais, não foi sequer objeto de pedido do consumidor. Sucede que, assim que recebeu o cartão e mesmo ciente de toda a sorte de taxas (legais) que sobre o seu uso incidiriam, o consumidor o desbloqueia no dia seguinte, logo após a sua chegada pelo correio. Passa ainda a utilizá-lo periodicamente para as compras. Não obstante,

¹⁸ FARIAS; ROSENVALD. op. cit., p.518

¹⁹ CORDEIRO. op. cit., p.745

transcorridos dois meses, para de pagar a fatura. Seis meses depois, ajuíza demanda em que busca anular o contrato de cartão de crédito, sob o fundamento de que não tinha requerido tal instrumento; repetição em dobro do indébito em relação ao que foi pago pelas faturas e além de danos morais.

Diante do que foi narrado, percebe-se que o consumidor realizou um comportamento contraditório. Em um primeiro momento, a administradora de cartão de crédito agiu contrária ao direito por dois motivos – o envio do cartão sem pedido e a cobrança da taxa de administração. Contudo, na medida em que desbloqueou o cartão e dele passou a se utilizar, o consumidor anuiu ao comportamento inicial do fornecedor, gerando-lhe, pois, uma justa expectativa de que iria pagar a fatura do cartão com correção e pontualidade. No caso em tela é como se desde o início o consumidor tivesse requerido o cartão, pois aceitou a oferta, e por dois meses se valeu dos serviços de crédito, que efetivamente foram prestados. Não pode ele, após usufruir dos serviços e de com o cartão perpetrar compras, pretender não pagar pelos serviços e ainda receber em dobro o que corretamente pagou.

Agindo desse modo, consuma-se um verdadeiro abuso de direito, que deve, pois, ser coibido pelo judiciário. Comprar se utilizando do cartão e depois afirmar que não o requereu e com base nisso não pagar a dívida que fizera vai de encontro à boa-fé objetiva, pois se consubstancia em verdadeira conduta desleal. Macula ainda o princípio da confiança, pois quando o consumidor desbloqueou o cartão e dele fez uso por certo período de tempo, foi gerada uma confiança legítima na empresa fornecedora de que não se voltaria posteriormente contra o envio. Nesse sentido, em caso análogo, decidiu corretamente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO. ALEGAÇÃO DE NÃO SOLICITAÇÃO DO CRÉDITO CONCEDIDO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. ABUSIVIDADE DA TAXA DE JUROS. DESCABIMENTO. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO. NÃO SUJEIÇÃO ÀS LIMITAÇÕES DE JUROS DA LEI DE USURA. VERBETE Nº 283 DA SÚMULA DO STJ. NÃO-AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DECLARADA PELO STF, ANTES DE SUA REVOGAÇÃO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 40/2003. ENUNCIADO Nº 648 DO STF. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTURAL. DESPROVIMENTO DO APELO²⁰

Aplicando a mesma teoria, o citado Tribunal julgou improcedente demanda em que consumidor, tendo contratado determinada obra a preço de custo, ciente de previsão contratual que permitia eventual majoração do valor das cotas em caso de modificação do projeto, se insurgia contra o aumento previsto. Nessa linha de intelecção, assentou o relator no corpo do acórdão o seguinte;

Ora, sendo válido o negócio jurídico e tendo o autor concordado com a possibilidade de arcar com eventual modificação do projeto original, certo ter comparecido à maioria das reuniões dos condôminos, não é possível em um momento posterior se insurgir contra a cobrança das cotas extras, cuja legitimidade restou comprovada, sob pena de, violando a boa-fé objetiva, minar a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego negocial. Aqui tem aplicação o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*.²¹

A decisão está em plena consonância com o que aqui se defende, sendo certo que guarda fundamento primordial no princípio da confiança. Pretender se valer das normas protetivas do CDC para ir contra disposição contratual que firmou, estando plenamente ciente dos seus termos constitui evidente abuso das prerrogativas criadas

²⁰ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 7ª Câmara Cível. Relator. Des. André Andrade. DJ: 20/09/2012. Apelação Cível nº 0195994-12.2010.8.19.0001. Disponível em: < www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 06 out, 2012

²¹ Para ver a decisão na íntegra, consulte-se: Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Cível. Relator. Des. Fernando Foch Lemos. DJ:22/08/2012. Apelação Cível nº 0021233-23.2007.8.19.0028. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 06 out, 2012

pelo legislador consumerista, amoldando-se, pois, ao art.187 do CC – ainda mais no caso em tela em que o serviço fora corretamente executado.

Mas o *venire* não é a única vertente da Teoria dos Atos Próprios que pode ser trazida para o campo consumerista quando o fornecedor é a vítima. Também pode ser utilizada contra comportamentos omissos do consumidor, outra ferramenta, qual seja a Teoria da *Supressio*. De modo sintético, mas com a precisão habitual, Menezes Cordeiro²² conceitua esse fenômeno da seguinte forma: “Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé.” Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias complementam a definição da seguinte forma:

É o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés da *surrectio* que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade de vir a exercê-lo posteriormente.²³

Trazendo esse fenômeno para o assunto aqui defendido, imagine-, por exemplo, que uma determinada pessoa realize um contrato de assinatura de uma revista semanal. No pacto, fica assentado que o exemplar da publicação deve ser entregue na casa do assinante todo domingo. Apesar de tal previsão, a revista sempre era entregue com atraso, na terça-feira. Passam-se dois anos e, em que pese a previsão contratual rezar que o dia da entrega é domingo, o objeto do contrato continua a ser entregue só na terça, sem que durante todo esse tempo o consumidor tenha reclamado do atraso. Um dia, aparentemente sem qualquer motivo, o assinante decide reclamar, alegando descumprimento contratual. Ajuíza inclusive demanda condenatória, em que objetiva a

²² CORDEIRO. op. cit., p.797

²³ FARIAS; ROSENVALD. op. cit., p.521

resolução contratual com fulcro em inadimplemento do pacto firmado, perdas e danos, além de danos morais. Considerando a situação narrada, a pretensão autoral deve ser acolhida?

Com base na já mencionada regra do *supressio*, a resposta negativa para tal pergunte se impõe. É que com sua inércia, foi gerada uma justa expectativa no fornecedor de que os atrasos poderiam continuar ocorrendo porque o consumidor com eles não se importava. Percebe-se que o consumidor teria o direito de reclamar o inadimplemento, pleiteando inclusive a resolução do contrato e, a depender do caso, até mesmo danos morais e materiais. No entanto, ao ficar inerte por grande lapso temporal, a boa-fé e o princípio da confiança informam que não mais pode ele pugnar por esse direito, pois foi gerada uma legítima expectativa na outra parte dele não mais seria exercido. Privilegia-se, pois, o princípio da confiança, que busca prevenir, em situações como a ora em análise, os efeitos deletérios do abuso de direito.

Ainda que não se recorresse a já tão citada Teoria dos Atos próprios, bem como as suas várias vertentes – que não se limitam as modalidades aqui explicitadas –, isto é, com base somente no art.187 do CC, já seria possível aplicar o abuso de direito quando os consumidores vitimam os fornecedores. Para isso, basta que sejam atendidos os pressupostos traçados linhas atrás.

Pense-se, por exemplo, o caso de uma consumidora que, sem nunca ter tido a intenção de ter um determinado bem móvel para si, o adquira por telefone, com a intenção de utilizá-lo por sete dias apenas, e depois devolvê-lo, se valendo para tanto de regra positivada no art.49 do CDC, que aduz o seguinte:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.²⁴

Nessa situação, ocorre flagrante abuso de direito pelo fato de não ter sido observado o objetivo teleológico da norma. Os fins sociais a que a norma se destina foram desvirtuados, eis que se extrapolou o direito subjetivo criado pelo legislador consumerista com uma norma protetiva dessa ordem. Tal prerrogativa visa fundamentalmente proteger o consumidor em situações em que ele se encontra mais vulnerável²⁵, notadamente em razão de não ter contato direto com o produto e de sofrer influxos de toda a sorte de publicidade que o estimula à compra. Portanto, para que seja utilizada de forma a atender o seu real objeto de proteção, é preciso que o consumidor queira, no momento da compra, o bem ou serviço para si. Se, ao contrário, nunca almejou o objeto adquirido, visando desde o início somente utilizar o produto por sete dias sem por isso nada pagar, ocorre o ato ilícito do abuso, previsto no art.187 do CC.

Não se desconhece que na prática a prova do desvirtuamento do elemento anímico que move a conduta do consumidor é difícilima, senão impossível, mas o exemplo serve para ilustrar a tese aqui defendida.

CONCLUSÃO

Com o advento do CDC e a conscientização dos consumidores de que os direitos lá contidos devem ser cumpridos, ocorreu uma verdadeira revolução nas relações de consumo. Ao longo do presente trabalho, procurou-se demonstrar a importância do instituto de abuso de direito como importante limitador do direito subjetivo. Assentou-se que a boa-fé objetiva, como cláusula geral, é essencial para

²⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 06 out, 2012

²⁵ BENJAMIN; MARQUES; BESSA. op. cit., p. 292

verificar a configuração do abuso no caso concreto, mormente por se pautar nos fins sociais e axiológicos a que a norma se destina. Conclui-se, pois, que o art.187 do CC pode ser tranquilamente aplicado quando é o consumidor que extrapola os fins a que a norma se destina, malgrado não ser esse o enfoque normalmente desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência. Provou-se que um vetor importante para

REFERÊNCIAS

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

CARPENA, Heloisa. *In* TEPIDINO, Gustavo *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almerinda, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

ROSENVALD, Nelson. *in* PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2010

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Método, 2009

Vade Mecum Acadêmico de Direito. 15. ed. São Paulo: Ridel, 2012

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Curso de Direito Civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006