

O PENHOR LEGAL DO HOSPEDEIRO EM CONFRONTO COM A VEDAÇÃO DE COBRANÇA VEXATÓRIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ana Paula de Souza Marques

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogada.

Resumo – As relações de consumo se apresentam como protagonistas na nova ordem econômica mundial, por isso, a sua importância. Com o passar do tempo, e com as mudanças tecnológicas e estruturais no mercado consumidor, o ordenamento jurídico também deve evoluir para se adaptar às inovações trazidas pela globalização. Cada vez mais se percebe a exigência de equilíbrio nessas relações e a quebra do dogma da autonomia da vontade privada, de forma que hoje a relação de consumo pode ser definida como uma relação entre consumidor e fornecedor pautada no princípio da boa-fé objetiva, cooperação, transparência e confiança que devem estar presentes em todas as fases do negócio avençado. Nesse cenário, não há espaço para normas que violem direitos ou garantias em nome do *pacta sunt servanda*, mas sim na interpretação mais favorável ao consumidor. A essência do trabalho é abordar o caráter de norma de ordem pública da lei consumerista e verificar a relevância de se afastar normas infraconstitucionais que importam em violação de direitos como é o caso do penhor legal do hospedeiro quando se veda expressamente a cobrança vexatória no CDC.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Cobrança Vexatória. Penhor Legal do Hospedeiro.

Sumário – Introdução. 1. A incompatibilidade do penhor legal do hospedeiro frente à superação do Direito Civil clássico e a ordem protecionista do consumidor. 2. A ordem principiológica e protecionista da lei consumerista frente ao caráter primitivo do penhor legal do hospedeiro. 3. O conflito entre regras e a característica de norma de ordem pública do CDC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca demonstrar a incompatibilidade da garantia real do penhor legal em favor do hospedeiro, prevista no Código Civil de 2002, frente ao direito fundamental de proteção aos direitos do consumidor constitucionalmente garantido.

A principal motivação para sustentar o presente trabalho reside no sentido de que este conflito normativo e principiológico vem contribuindo para o surgimento de demandas judiciais baseadas no abuso de direito praticado por fornecedores de produtos e serviços. Com isso, busca-se apontar a necessidade da revogação do dispositivo por incompatibilidade com o preceito de ordem fundamental.

Com efeito, objetiva-se demonstrar que a regra contida no artigo 1.471 do Código Civil viola a vedação de cobrança vexatória prevista no Código de Defesa do Consumidor, fere a



proteção ao consumidor como direito fundamental constitucional, e, conseqüentemente, desrespeita a dignidade da pessoa humana dentro das relações de consumo.

Com base nos ensinamentos doutrinários e nas orientações dos Tribunais Superiores, busca-se comprovar que, para a existência de uma relação contratual justa e equilibrada entre fornecedor e consumidor, sem que haja ofensa aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, é necessária a extinção do instituto do penhor legal do hospedeiro.

Para tanto, pretende-se evidenciar outras formas de o hospedeiro reaver o seu crédito, caso haja inadimplemento do consumidor. Nesse sentido, faz-se necessário demonstrar outras possibilidades legais disponibilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com os deveres anexos que regem os contratos, sem que eventual cobrança atente contra os direitos individuais do consumidor.

Diante disso, no primeiro capítulo, pretende-se aventar a incompatibilidade do penhor legal do hospedeiro com os princípios do CDC, tendo em vista a superação do paradigma individualista e patrimonialista do Direito Civil clássico, assim como discutir essa espécie de autotutela e os aspectos que violam direitos fundamentais, eis que a Constituição Federal prevê expressamente a proteção aos direitos do consumidor.

O segundo capítulo segue no sentido de esclarecer alguns conceitos importantes e procura explicar que o instituto, ora em debate, está em desacordo com os valores jurídicos e sociais que devem estar presentes nas relações contratuais, posto que está em confronto com os princípios e comandos normativos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e por conseguinte não atende as necessidades da sociedade de consumo moderna.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, seguindo a linha da incompatibilidade, busca-se discutir que este conflito de leis em nada contribui para o desenvolvimento moderno do Direito e para a paz social. Mas, ao contrário disso, colabora para o surgimento de relações jurídicas cada vez mais marcadas pelo traço da desigualdade. Então, como é possível afirmar juridicamente a coexistência harmônica entre a norma proibitiva de cobrança vexatória prevista no CDC e a norma permissiva do penhor legal do hospedeiro?

A pesquisa científica no ambiente jurídico é de extrema relevância para que o desenvolvimento e a atualização do Direito acompanhem as constantes mudanças na sociedade, cada vez mais ávida em busca de um Estado atuante e que garanta efetivamente os direitos fundamentais a ela conferidos, mas é imperioso estabelecer um exame acurado de fenômenos jurídicos e analisar questões controvertidas, a fim de fundamentar o estudo com argumentos concretos e cooperar com a sociedade científica de maneira realista.



Na hipótese, pretende-se explorar os contornos do objeto da investigação com o intuito de explicar os fenômenos jurídicos e abordar soluções, as quais se entende como adequadas, objetivando, com base em fundamentos jurídicos e sociais, defender e corroborar a posição proposta neste trabalho.

Assim, a proposta é utilizar o procedimento de pesquisa bibliográfica e abordar a proposição da temática com suporte na metodologia qualitativa e explorar os objetivos traçados na problematização, para, ao final, sustentar a defesa.

1. A INCOMPATIBILIDADE DO PENHOR LEGAL DO HOSPEDEIRO FRENTE À SUPERAÇÃO DO DIREITO CIVIL CLÁSSICO E A ORDEM PROTECIONISTA DO CONSUMIDOR

A globalização trouxe muitas mudanças para a economia mundial e essas mudanças trouxeram várias consequências. Dentre elas, destaca-se o aumento do volume de negócios comerciais e a grande demanda do mercado consumidor. Essa nova face da sociedade de consumo fez com que o constituinte de 1988 inovasse, incluindo, como direito fundamental, a proteção e defesa dos direitos do consumidor.

Em verdade, quando se observa a CRFB/1988, faz-se necessário destacar o princípio da isonomia, um preceito fundamental de grande importância para o fortalecimento do estado democrático de direito e para a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Com efeito, o artigo 5º *caput*, inciso I da Constituição Federal¹ orienta o legislador infraconstitucional de maneira a editar leis que tratem de maneira desigual os desiguais e de maneira igual os iguais.

Por certo, diante das transformações trazidas pela nova constituinte, foi preciso fazer um movimento de releitura de todo o ordenamento jurídico pátrio, em que a CRFB/1988 deixa de ser um mero fundamento de validade das normas infraconstitucionais e passa a ser um verdadeiro vetor hermenêutico, um vetor axiológico de todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, atendendo aos anseios da sociedade de consumo e o comando constitucional, o legislador infraconstitucional, no exercício de sua competência, editou a Lei nº 8.078/90² com o objetivo principal de proteger e defender o consumidor nas relações de consumo frente àquele que detém a experiência mercantil. Fez-se, então, nascer o Código de

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

² BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2021.



Defesa do Consumidor, a fim de prestigiar o princípio da isonomia, assim como proporcionar harmonia nas relações de consumo.

Justamente em razão das diversas transformações humanas e sociais, o Código Civil de 1916 refletia um verdadeiro descompasso frente à evolução da sociedade e as exigências que surgem com ela. Chamado a organizar a nova codificação civil, Miguel Reale³ criou uma Comissão de Redação do Anteprojeto do CC de 2002, na qual cada jurista selecionado ficaria responsável por uma parte de sua elaboração.

Com a determinação em superar o Direito Civil clássico baseado no individualismo e no patrimonialismo, em 11 de janeiro de 2003 entra em vigor um novo Código Civil, pautado nos postulados da sociabilidade, eticidade e operabilidade, com o olhar voltado para a Constituição da República de 1988 e para os valores constitucionais.

Ainda nesse contexto, há de se reconhecer que o Direito Civil está vivendo uma “despatrimonialização”, ou seja, o patrimônio não é mais um fim em si mesmo, mas um meio para o alcance da dignidade da pessoa humana. O Direito Civil está caminhando para deixar de empunhar a espada do direito do ter para vestir a capa do direito do ser⁴.

Apesar de adotar uma visão mais humanista, preocupada com valores como dignidade da pessoa humana, isonomia, razoabilidade, solidariedade, boa-fé objetiva e função social, o que se percebe, desde logo, é que isso não foi suficiente para alertar o legislador infraconstitucional sobre o contrassenso em manter uma espécie de garantia real com natureza de autotutela no artigo 1.467, inciso I do CC⁵.

Art. 1.467, I, CC: São credores pignoratícios, independentemente de convenção:
I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito.

Nas palavras da professora Maria Helena Diniz⁶, o penhor legal

surge em razão de imposição de lei, com o escopo de assegurar o pagamento de certas dívidas de que determinadas pessoas são credoras e que, por sua natureza, requerem tratamento especial. Por isso a própria norma jurídica confere a essas pessoas o direito de tomarem certos bens como garantia até conseguirem obter o total pagamento das quantias que lhes devem.

³ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 21 set. 2021.

⁴ *Ibidem*.

⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.



No entanto, sob a ótica do Direito Civil Constitucional, essa espécie de autotutela que permite o hospedeiro, fornecedor de pousada ou alimento, reter os objetos que estejam na posse do consumidor como garantia no caso de risco do não pagamento das despesas feitas no estabelecimento, sem qualquer tipo de autorização judicial, caracteriza cobrança vexatória que viola a proteção da dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III da Constituição da República⁷.

É de suma importância frisar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado e, nessa linha de raciocínio, parece que o objetivo principal da inserção do princípio em tela na vigente normativa constitucional foi fazer com que a pessoa humana seja o próprio fundamento e fim da sociedade.

A doutrina especializada é bastante esclarecedora ao falar que “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.⁸

No âmbito do Direito do Consumidor, a cobrança que expõe o consumidor ao ridículo, à situação de constrangimento ou o submete a ameaças é expressamente vedada. Com efeito, são raras as previsões legais no ordenamento jurídico pátrio que admitem a autotutela, pois segundo o jurista e professor Flávio Tartuce e o professor Daniel Amorim Assumpção Neves⁹:

[...] o exercício da força não é a forma que se procura prestigiar num Estado democrático de direito. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto [...].

Nesse sentido, é possível constatar que o penhor legal de que trata o artigo 1.467, I do Código Civil¹⁰ vigente não se coaduna com os seus próprios postulados, muito menos com a sistemática protetiva consumerista.

Além disso, a proteção e defesa do direito do consumidor é um direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição da República de 1988¹¹ e que corresponde aos direitos fundamentais de terceira geração. Estes caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção da coletividade e dos grupos.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318.

⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 282.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.



Impende destacar que os direitos fundamentais de terceira geração surgem com a complexificação das relações das sociedades de massas e, também, com as mudanças dadas pelo crescente desenvolvimento tecnológico e científico.

Quando tais direitos figuram consagrados pelos diplomas normativos de cada Estado, vigentes numa ordem jurídica concreta, ou seja, constitucionalizados, são dotados de mecanismos de efetivação mais eficazes. Tanto é assim que as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo quando principiológicas, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, têm caráter preceptivo de aplicação imediata e não programático.

Forçoso dizer que isso fica claro em uma leitura mais atenta do artigo 5º, § 1º da CRFB,¹² dado que é uma norma-princípio, um mandado de otimização dirigido aos operadores e intérpretes do direito, que devem aplicar os direitos fundamentais aos casos concretos, independentemente de regulamentação legislativa, tendo em vista força normativa da constituição.

Cumprе ressaltar que a proteção e defesa dos direitos do consumidor, prevista na lei e na constituição, cumpre um papel importantíssimo no sistema jurídico. O artigo 1º do CDC¹³ é bastante didático quando dispõe que as normas nele contidas são totalmente voltadas à proteção e à defesa dos direitos do consumidor. Isso se traduz na busca em efetivar o equilíbrio nas relações de consumo e em garantir maior segurança jurídica.

É a segurança jurídica que concretiza valores e fins públicos de acordo com a decisão política do constituinte e legislador, reduzindo o espaço de criatividade do intérprete e, ao menos retoricamente, torna o Direito mais previsível e objetivo.

Todavia, como o próprio Ministro Luiz Edson Fachin salienta, a “segurança jurídica não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo”¹⁴.

Mister compreender que uma norma que possibilita a violação de direitos, sob o argumento do exercício regular do direito, não merece guarita na ordem constitucional contemporânea. Isso porque, distintamente do CC de 1916, o CC de 2002 imputa responsabilidade civil não só nos casos de ato ilícito, mas também confere a responsabilidade civil para o agente que extrapola no exercício do seu direito.

¹² Ibidem.

¹³ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Segurança jurídica entre ouriços e raposas*. 2013. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822635/seguranca-juridica-brilhante-artigo-de-luiz-edson-fachin>>. Acesso em: 14 set. 2021.



Nesse sentido, a respeito do conceito de abuso de direito, o doutrinador Rubens Limongi França¹⁵ é bastante elucidativo ao definir o abuso de direito como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.

Resumindo essa construção, pode-se chegar à conclusão de que o penhor legal do hospedeiro não se coaduna com a nova sistemática constitucional do Código Civil vigente e nem se compatibiliza com a vedação de cobrança vexatória contida no artigo 42 da Lei nº 8.078/90¹⁶.

De qualquer sorte, as normas que protegem o vulnerável nas relações de consumo devem ser contempladas para que se obtenha a tão almejada segurança jurídica. Sem prejuízo, somente assim é possível alcançar o equilíbrio, a harmonia e a paz social.

2. A ORDEM PRINCIPIOLÓGICA E PROTECIONISTA DA LEI CONSUMERISTA FRENTE AO CARÁTER PRIMITIVO DO PENHOR LEGAL DO HOSPEDEIRO

Toda rede principiológica trazida pelo CDC, especialmente no que se refere ao artigo 4º¹⁷, é para concretizar o comando constitucional de proteção ao consumidor, com o objetivo de buscar a harmonia e o equilíbrio na relação deste com o fornecedor de produto ou serviço, por se presumir o consumidor a parte mais frágil na relação.

Os elementos dessa relação jurídica de consumo, sob o aspecto subjetivo conforme artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor¹⁸, são, por um lado, o consumidor direto ou por equiparação e, por outro, o fornecedor.

De acordo com a Lei nº 8.078/90¹⁹, “o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Neste ponto, nota-se que o código adotou um conceito amplo e indeterminado.

Frente ao conceito jurídico indeterminado adotado pelo CDC, impende destacar que foram criadas algumas teorias acerca do tema. A teoria finalista clássica vai dizer que consumidor é o destinatário final fático e econômico. Tal teoria exige os dois requisitos, o que restringe o alcance para a caracterização de consumidor a merecer a proteção do diploma

¹⁵ FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., Saraiva, 1991, p. 891.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.



consumerista²⁰. De outro modo, a teoria objetiva ou maximalista compreende como consumidor toda pessoa física ou jurídica que utiliza um bem como destinatário final fático, o que amplia demasiadamente o alcance para caracterização de consumidor.

Para efeito de melhor compreensão do tema, a doutrina de Flávio Tartuce e Daniel Neves²¹ diferencia o destinatário final fático – aquele que põe fim a cadeia de consumo, ou seja, utiliza um bem ou serviço como último integrante da cadeia de consumo – do destinatário final econômico – aquele que adquire o bem ou serviço sem obter com ele proveito econômico.

Importante salientar que a jurisprudência do STJ²² adota a teoria finalista clássica, ou seja, restringe o conceito para admitir como consumidor somente aquele que é destinatário final fático e econômico do bem ou serviço. Todavia, de maneira excepcional, o STJ²³ abraça a teoria finalista clássica mitigada, ou temperada, ou aprofundada. Para a Corte Superior, em alguns casos é consumidor todo o destinatário final fático, não econômico, mas que no caso concreto é a parte mais vulnerável na relação jurídica de consumo.

Segundo a doutrina especializada, a teoria adotada pela jurisprudência

[...] possui uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis, envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente²⁴.

Diante de tais considerações, percebe-se que o princípio da vulnerabilidade disposto no artigo 4º, inciso I do código consumerista²⁵ é determinante na interpretação do artigo 2º do CDC²⁶. Para a doutrina de Cláudia Lima Marques: “vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”²⁷.

²⁰ Ibidem.

²¹ TARTUCE; NEVES, op cit., p. 59.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1685098*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201685098>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1321083*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201321083>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁶ Ibidem.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.



Com toda razão, a autora esclarece que o Código de Defesa do Consumidor²⁸ “foi construído para o fim especial de proteger os vulneráveis, os diferentes, os mais fracos, e sua origem constitucional deve ser a guia de sua interpretação”.

Relevante salientar que o CDC é uma norma eminentemente principiológica, isto é, está constituído de uma série de princípios que possuem como objetivo maior conferir direitos aos consumidores, que são os vulneráveis da relação, e impor deveres aos fornecedores.

Para tanto, o princípio da defesa do consumidor pelo Estado é de suma importância para a compreensão da tese defendida no presente trabalho, pois tem como fundamento disposições constitucionais que tratam da defesa do consumidor, em especial os elencados nos artigo 5º, XXXII²⁹ e no artigo 170, V da CRFB/88³⁰, que elevam a proteção do consumidor à condição de princípio fundamental da ordem econômica.

Nesse sentido, o princípio do protecionismo de que trata o artigo 1º³¹ impõe que as regras do CDC não podem ser afastadas nem mesmo por convenção das partes, sob pena de nulidade absoluta, conforme dispõe o artigo 51, inciso XV³² do mesmo diploma, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor.

Com efeito, a criação de políticas públicas ligadas à proteção do consumidor se traduz em verdadeira ação afirmativa do Estado para a efetiva execução da Política Nacional das Relações de Consumo.

De toda maneira, ao observar o artigo 5º do CDC³³, percebe-se que o legislador se preocupou em trazer para o nosso microsistema instrumentos capazes de executar os objetivos traçados na Política Nacional das Relações de Consumo sem se descuidar em harmonizar tais objetivos com o desenvolvimento econômico do país.

Como se pode verificar, o princípio da harmonização contemplado no artigo 4º do CDC demonstra a atenção dispensada pelo legislador em viabilizar o equilíbrio nas relações de consumo de forma a preservar os interesses econômicos dos consumidores e dos fornecedores. “Nesse contexto, nas relações negociais consumeristas deve estar presente o justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes, em todos os momentos relacionados com a prestação e o fornecimento”³⁴.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁰ Ibidem.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 13.

³² Ibidem.

³³ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁴ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 51.



Sem prejuízo de tantos outros, o princípio da vulnerabilidade é a pedra basilar de todo microssistema consumerista. Com razão,

ninguém discute mais porque o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, foi escolhido porque seu papel na sociedade de consumo é intrinsecamente vulnerável perante o seu parceiro contratual, o fornecedor³⁵.

Dentro dessas ideias, é de grande importância a observação do conceito de penhor legal nas lições de Sílvio de Salvo Venosa³⁶, pois é uma espécie de garantia de direito real que “a lei estabelece em favor de determinadas pessoas”. Nas palavras do celebrado autor³⁷:

No tocante aos hospedeiros e fornecedores de pousada e alimento em geral, a lei concede o benefício do penhor, levando em conta o risco dessa atividade, em que o prestador de serviços trava contato com desconhecidos, sem condições de previamente certificar-se de sua idoneidade. Por essa razão, permite a apreensão de bagagens e pertences dos hóspedes e fregueses.

Sem embargos das críticas que se podem colocar, a autotutela insculpida no penhor legal do hospedeiro é claramente um resquício do que era adotado nos primórdios, como a chamada “justiça com as próprias mãos”, “olho por olho”, “dente por dente”, entre outras formas de autotutela dos tempos medievais, que nada se coaduna com o moderno Direito Privado de hoje.

Naquele tempo, em razão das circunstâncias que cercavam os fornecedores de produtos e serviços da época, permitir e legitimar a autotutela era um meio bastante eficaz e apropriado de garantir que o credor pudesse fazer com que o devedor cumprisse com a sua obrigação, antes que este pudesse sair sorrateiramente no meio da noite sem fazer o devido pagamento.

Por outro lado, nos dias de hoje, os argumentos a que se refere o celebrado autor acima citado³⁸ não se sustentam, uma vez que o risco dessa atividade é quase inexistente no que se refere a celebração do contrato de hospedagem ou similares. Principalmente diante da era digital, das comunicações via internet, redes sociais, aplicativos especializados em contratos de hospedagem, entre outras formas e instrumentos seguros de contratação eletrônica.

Celebrar contrato com desconhecidos faz parte do risco do empreendimento de qualquer fornecedor de produtos ou serviços, sendo dispensável, inclusive, certificar-se previamente sobre a idoneidade da outra parte. Isso ocorre porque esses estabelecimentos

³⁵ MARQUES, op. cit., p. 317.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5, p. 486.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.



exigem que o pretense hóspede preencha, no momento do *check-in*, uma ficha com seus dados pessoais e forneça cópia de um documento de identidade com foto, ou passaporte, cópia do cartão de crédito, bem como informe o número da placa do carro, caso o consumidor esteja na posse de algum veículo.

Causa estranheza que uma norma de caráter tão excepcional, que permite ao credor usar das próprias forças para buscar a satisfação do seu crédito, mediante coerção indireta do devedor, retendo a coisa deste no caso de risco de inadimplemento, ainda tenha guarita no ordenamento jurídico nacional.

Isso porque a natureza jurídica de garantia do penhor legal do hospedeiro tinha o seu fundamento na urgência diante do risco do inadimplemento por parte do hóspede e na impossibilidade de o hospedeiro buscar, a tempo, a autoridade judiciária. No entanto, hodiernamente, os hospedeiros possuem todos os instrumentos tecnológicos disponíveis ao seu alcance para se prevenirem e resguardarem os seus negócios de forma lícita, sem que precisem se utilizar de comportamentos abusivos e ofendam princípios fundamentais.

Por fim, verificadas tais conceituações, percebe-se que a norma civilista está em total desalinho com os fundamentos e objetivos do código protecionista e com o mandamento constitucional. Isto fica muito bem evidenciado pelo conteúdo excepcional, rudimentar e de caráter coercitivo da norma, a qual coloca o consumidor em desvantagem no momento da contratação.

3. O CONFLITO ENTRE REGRAS E A CARACTERÍSTICA DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA DO CDC

Como já dito anteriormente, o conflito entre a norma que dispõe sobre o penhor legal do hospedeiro e a norma que proíbe a cobrança vexatória em nada contribui para a harmonia nas relações de consumo e a paz social na economia. Mas, ao contrário disso, colabora para o desequilíbrio e para a desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor.

Tendo isso em mente, percebe-se a necessidade de um instrumento que possa solucionar o embate, preservando os interesses econômicos das partes envolvidas diretamente sem afastar as garantias protetivas do vulnerável na relação.

Para tanto, com base no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor³⁹, a chamada Teoria do Diálogo das Fontes tem sido aplicada de modo considerável pelos Tribunais

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 13.



Superiores, sempre levando em consideração o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor.

Nas lições do professor e jurista Flávio Tartuce⁴⁰:

A essência da teoria é de que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. No Brasil, a principal incidência da teoria se dá justamente na interação entre o CDC e o CC/2002, em matérias como a responsabilidade civil e o Direito Contratual.

Ocorre que, como se verá adiante, essa teoria não consegue atingir um resultado satisfatório quando uma dessas normas afronta diretamente um direito fundamental, haja vista a “prevalência do princípio *pro homine* e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais por aplicação do CDC às relações privadas”⁴¹.

Na esteira desse raciocínio, apesar de a Lei nº 8.078/90⁴² ser uma lei formalmente ordinária, é importante ressaltar a sua origem normativa constitucional, na qual ficou evidente a vontade do legislador, conforme o artigo 5º inciso XXXII da CRFB⁴³, de maneira que as normas protetivas de defesa do direito do consumidor possuem status de norma supralegal.

Sem embargos às críticas existentes e posições contrárias, a doutrina especializada reconhece o status hierárquico do CDC como norma de eficácia supralegal, ficando abaixo da constituição, ao lado das convenções e tratados internacionais – não internalizados nos termos do artigo 5º, § 3º da CRFB⁴⁴ – e acima das leis ordinárias.

Com efeito, o CDC é uma lei de função social, razão pela qual, no caso de conflito entre regras, não há que se falar na teoria do diálogo das fontes da doutrina de Erik Jayme⁴⁵, mas apenas em subsunção.

O cerne da questão é exatamente este: se o CDC veda qualquer tipo de prática abusiva por parte do fornecedor no momento de efetuar uma cobrança frente ao consumidor inadimplente, decorre da lógica que o penhor legal do hospedeiro está frontalmente violando uma norma, cujo comando decorre diretamente da constituição, e reduzindo a proteção do consumidor.

⁴⁰ TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 32-33.

⁴¹ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 150.

⁴² BRASIL, op. cit., nota 13.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ JAYME apud MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, 2003.

Sem prejuízo do que dispõe o artigo 42 do CDC⁴⁶, o código consumerista considera a proibição ao exercício de algumas práticas como proibição de caráter absoluto.

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:
Pena Detenção de 3 meses a 1 ano e multa⁴⁷.

Nesse ponto, verifica-se que a vontade do legislador foi a de proteção total do consumidor em todas as suas vertentes. Isso porque o princípio da intervenção mínima no Direito Penal busca limitar o poder incriminador do Estado, a fim de criminalizar apenas aquelas condutas consideradas capazes de lesionar determinado bem jurídico.

Fazendo uma breve leitura do artigo 42 do CDC de 1990⁴⁸ e do artigo 1.467, inciso I do CC⁴⁹, nota-se nítido caráter violador da norma civilista para favorecer exclusivamente o fornecedor em detrimento dos direitos do consumidor.

Art. 42 do CDC. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.
Art. 1.467 do CCB. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito.

O Código de Defesa do Consumidor é um direito privado, solidarista, com influência direta da constituição, dotado de função social. Logo, basta possibilidade ou perigo de que a cobrança vexatória ocorra para caracterizar a violação.

Como já dito anteriormente, o fornecedor possui vários instrumentos acauteladores à sua disposição para evitar um inadimplemento futuro, ou para efetuar a cobrança do seu crédito quando o inadimplemento já tiver sido implementado.

Hodiernamente, sem prejuízo de tantas outras opções, é muito comum que o hospedeiro exija cópia do cartão de crédito ou depósito em conta para garantia da reserva. Cabe ao fornecedor a administração do seu negócio, escolhendo a melhor maneira de manejar o que se denomina o risco do empreendimento.

Esses procedimentos garantem ao fornecedor a possibilidade de se utilizar das medidas extrajudiciais de cobrança – inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.



– ou das medidas judiciais – Ação de Execução de Título Extrajudicial, Ação de Cobrança Procedimento Comum, Ação Monitória.

Em continuidade, não se pode perder de vista o que prevê o artigo 4º, inciso III do CDC⁵⁰ no que se refere a harmonização e compatibilização da proteção do consumidor frente à necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio entre os participantes das relações de consumo. De imediato o que se busca é equidade.

Ainda no plano do equilíbrio entre os interesses dos participantes na relação de consumo, nas palavras da jurista Cláudia Lima Marques⁵¹, equidade contratual

[...] significa o reconhecimento da necessidade, na sociedade de consumo de massa, de restabelecer um patamar mínimo de equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, intervindo o Estado de forma a compensar o desequilíbrio fático existente entre aquele que pré-redige unilateralmente o contrato e aquele que simplesmente adere, submetido à vontade do parceiro contratual mais forte. Assim institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo e possibilitam um controle tanto formal quanto do conteúdo destes contratos, tudo para alcançar a esperada justiça contratual.

Em suma, como se retira do artigo 1º do CDC⁵², quis o legislador infraconstitucional evidenciar a eficácia de ordem pública das normas consumeristas para rechaçar qualquer possibilidade de a lei sofrer ab-rogações ou derrogações, com o propósito de diminuir ou extinguir direitos e garantias do consumidor para favorecer quem quer que seja.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de relevantes proporções jurídicas e sociais no que tange ao relacionamento entre o consumidor e o fornecedor de pousadas e alimentos. O embate materializa-se pelo confronto entre o instituto do penhor legal do hospedeiro e a vedação de cobrança vexatória.

De um lado, os fornecedores querem preservar a autotutela do penhor legal do hospedeiro como garantia de recebimento em caso de inadimplemento; de outro, a parte mais vulnerável na relação de consumo, os consumidores, exige que os seus direitos sejam protegidos de acordo com os mandamentos constitucionais.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1, p. 492.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 13.



O entendimento a que chegou esta pesquisa consubstancia-se na ideia de que os postulados da nova codificação civil não sustentam a manutenção de uma espécie de autotutela, que acarreta a quebra da base objetiva nas relações contratuais de consumo. Observou-se que a lei consumerista, transpassa a ideia individualista e liberal de nosso Direito Civil clássico.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram ao longo do segundo capítulo, foi possível verificar que o princípio da defesa do consumidor pelo Estado é fato irreversível, haja vista seu fundamento em disposições constitucionais que tratam o consumidor como protagonista na ordem econômica.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do trabalho, a de verificar que a autotutela viola direitos da personalidade dos consumidores, e que este direito fundamental deve ser priorizado levando-se em conta argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados não apenas em fontes positivadas, mas em fundamentos jurídicos e principiológicos presentes nas mais diversas fontes do ordenamento jurídico.

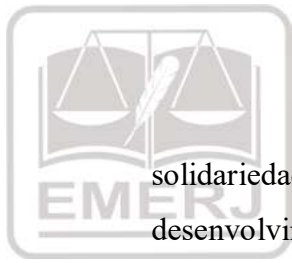
Nesse ponto, chega-se à conclusão de que o caráter de norma de ordem pública significa que o CDC chega para impor a todos as regras nele dispostas. Todos estão submetidos e não podem se afastar, nem mesmo por convenção entre partes, sob pena de nulidade absoluta. Esta pesquisa chegou ao entendimento de que há uma verdadeira quebra com o postulado da autonomia da vontade.

O principal argumento usado por esta pesquisa para a solução dessa questão sustentou-se na premissa de solução do conflito por subsunção. Isso quer dizer que existindo uma norma que seja integralmente aplicável a um determinado caso, a outra será necessariamente declarada inválida no caso de incompatibilidade total entre as normas e estará fora do ordenamento jurídico.

Sem dúvida, faz-se necessário uma atualização no que se refere à norma do penhor legal do hospedeiro, tendo em vista as constantes inovações que trouxeram nova dinâmica às relações de consumo e aos contratos regidos pelo CDC. Quando verificada uma diminuição da proteção do consumidor por meio de outra norma, estar-se-ia contrariando o anseio constitucional, de forma que essa nova lei seria inconstitucional.

A despeito das relações contratuais sob o manto da lei do consumidor, é importante frisar que as cláusulas e disposições introduzidas no instrumento contratual devem ter a finalidade de possibilitar a aproximação das partes de maneira franca e honesta, para afastar práticas perniciosas do fornecedor para com o consumidor, presumidamente mais vulnerável.

O equilíbrio nas relações de consumo só pode ser efetivamente conquistado limitando-se os poderes do fornecedor e priorizando os valores imperativos, como cooperação, boa-fé,



solidariedade e proteção da confiança, que devem estar presente durante todo o período de desenvolvimento da relação de consumo, a fim de garantir segurança jurídica.

Se o primeiro objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária, não se mostra coerente concretizar isso permitindo que uma norma violadora de direitos e princípios fundamentais continue a vigorar no ordenamento jurídico nacional.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta deste trabalho consiste na tese de que não há outro caminho para o legislador e para os aplicadores e intérpretes do direito que aquele de afastar as normas infraconstitucionais quando implicarem retrocesso social ou violação aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor que não cooperam para a construção da sociedade de consumo idealizada na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 ago. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 4 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1685098*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201685098>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1321083*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201321083>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



_____. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Segurança jurídica entre ouriços e raposas*. 2013. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822635/seguranca-juridica-brilhante-artigo-de-luiz-edson-fachin>>. Acesso em: 14 set. 2021.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed., Saraiva, 1991,

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, 2003. Disponível em: <https://www.academia.edu/38001279/DI%C3%81LOGO_ENTRE_O_C%C3%93DIGO_DE_DEFESA_DO_CONSUMIDOR_E_O_NOVO_C%C3%93DIGO_CIVIL_-DO_DI%C3%81LOGO_DAS_FONTES_NO_COMBATE_%C3%80S_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_DI%C3%81LOGO_ENTRE_O_C%C3%93DIGO_DE_DEFESA_DO_CONSUMIDOR_E_O_NOVO_C%C3%93DIGO_CIVIL_-DO_DI%C3%81LOGO_DAS_FONTES_NO_COMBATE_%C3%80S_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS>. Acesso em: 26 nov. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 11. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodvm, 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>>. Acesso em: 14 set. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.