

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JUSSIELE DE CASTRO CAMPOS

**O RETROCESSO DO DIREITO DO CONSUMIDOR FRENTE A APROVAÇÃO DA
LEI Nº 13.455/2017**

TERESINA
2017

JUSSIELE DE CASTRO CAMPOS

**O RETROCESSO DO DIREITO DO CONSUMIDOR FRENTE A APROVAÇÃO DA
LEI Nº 13.455/2017**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Estadual
do Piauí, como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Patrícia Caldas
Meneses Pires

TERESINA
2017

JUSSIELE DE CASTRO CAMPOS

**O RETROCESSO DO DIREITO DO CONSUMIDOR FRENTE A APROVAÇÃO DA
LEI Nº 13.455/2017**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Estadual do Piauí como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____ / ____ /2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Patrícia Caldas Meneses Pires

ORIENTADORA

EXAMINADOR 1

EXAMINADOR 2

Dedico esse trabalho monográfico a Deus, a meu irmão Erik Fernando, verdadeiro colaborador e incentivador, a minha mãe, Marilda Arlete, pela força indelével, a meu irmão, Aércio, que oferecem um indispensável companheirismo. Por fim, a minha cunhada Karoline Maria e ao meu sobrinho Gabriel.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por suas inúmeras bênçãos.

Aos meus pais, José Batista e Marilda Arlete pelo amor, educação e carinho, que sempre me dedicaram durante toda vida.

Aos meus irmãos, Erik e Aércio, por tudo que vivemos juntos, ao meu sobrinho Gabriel que preenche a minha vida de alegria.

A minha querida orientadora, professora Patrícia Caldas Meneses Pires, exemplo de simplicidade e pelas orientações seguras.

Ao meu querido amigo Roger Oliveira, pelos anos de jornada acadêmica e apoio nos momentos de dificuldade.

A todos que porventura não foram citados aqui, mas que se fizeram presentes ao longo desta jornada.

*Livra-me, meu Deus, dos meus inimigos, defende-me daqueles
que se levantam contra mim.*

Salmo 59

RESUMO

O retrocesso do direito do consumidor frente a aprovação da Lei nº 13.455/2017. Este artigo, tem por objetivo fazer uma análise das alterações trazidas pela Lei nº 13.455 de 26 de junho de 2017, na tentativa de demonstrar quais os pontos negativos impostos pela sua promulgação. A partir de agora se tornou possível a cobrança de preços de forma diferenciada de acordo com a forma de pagamento escolhido pelo consumidor, prática até então proibida pelo ordenamento jurídico. Ficou estabelecido também a nulidade de contratos que proibissem essa diferenciação nas relações de consumo. Inicialmente apresentam-se as bases históricas do Direito do Consumidor, suas primeiras manifestações e a estrutura jurídica de uma relação de consumo. Em seguida, analisa-se os principais princípios norteadores das relações de consumo apontando algumas implicações da Lei em sua base conceitual, fazendo uma breve análise sobre a quem realmente se estende a proteção prevista no CDC. Por fim, este trabalho faz um abordagem específica da nova Lei demonstrando que sua promulgação trouxe retrocesso aos direitos dos consumidores, amplamente defendidos em pela nossa legislação constitucional e infraconstitucional, dando total ênfase ao Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Consumidor. Princípios. Retrocesso. Lei nº 13.455/2017.

ABSTRACT

The retrocession of the right of the consumer in front of the approval of Law 13455/2017. This article aims to analyze the changes introduced by Law 13455 of June 26, 2017, in an attempt to demonstrate the negative points imposed by its promulgation. From now on it is possible to charge prices differently according to the payment method chosen by the consumer, a practice hitherto prohibited by the legal system. It was also established the nullity of contracts that prohibited this differentiation in consumer relations. First, we present the historical bases of Consumer Law, its first manifestations and the legal structure of a consumer relation. Next, we analyze the main guiding principles of consumer relations pointing out some implications of the Law in its conceptual basis, making a brief analysis on who actually extends the protection provided in the CDC. Finally, this work takes a specific approach to the new Law, demonstrating that its enactment has brought back the rights of consumers, widely defended by our constitutional and infraconstitutional legislation, giving full emphasis to the Consumer Defense Cod.

Keywords: Consumer. Principles. Backspace. Law nº13.455/2017.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDL	Câmara de Dirigentes Logistas
CF	Constituição Federal
DPCD	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
MP	Medida Provisória
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ASPECTOS RELEVANTES	14
2.1 Primeiras Manifestações	14
2.2 Antecedentes Históricos.....	15
2.3 O CDC e a Constituição Federal de 1988	17
3. ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	20
3.1 Breve digressão.....	20
3.2 Elementos subjetivos: fornecedor e consumidor	23
3.2 Elementos objetivos: produto e serviço	28
4 PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS	31
4.1. Princípio do Protecionismo do Consumidor.....	31
4.2. Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor.....	34
4.3. Princípio da Boa-Fé Objetiva.....	37
4.4. Princípio da Equivalência Negocial	40
5 A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 764/2016: JUSTIFICATIVAS DO GOVERNO	42
5.1 A Lei nº 13.455/ 2017 e as normas consumeristas.....	43
5.2 Pronunciamentos de profissionais e instituições diversas sobre a mencionada medida provisória	48
5.3 A diferenciação de preço na forma de pagamento e suas implicações	49
6. CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

As relações de consumo há muito tempo estão presentes na sociedade. No começo, elas se davam por meio de troca, mas com o desenvolvimento do comércio surgiu a necessidade de facilitação nas negociações, momento em que foi criada, então, a moeda. Séculos depois, fomentado pela industrialização e aumento das relações de consumo, o desenvolvimento tecnológico e a necessidade de segurança na efetivação das compras e venda de produtos, surgiu o dinheiro de plástico, ou seja, o cartão de crédito. O consumidor, desde então, passa a ter além do dinheiro e do cheque mais uma opção de pagamento proporcionando o aumento do consumo e também aquecendo o mercado.

Contudo, apesar desses aspectos positivos de ganho de poder aquisitivo do consumidor, observou-se com o tempo que o consumidor foi perdendo seu poder de barganha frente ao crescente fortalecimento econômico dos fornecedores (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assumiram posição de força na relação de consumo. Logo percebeu-se que o mercado liberal não tinha mecanismos de proteção ao consumidor, tornando-se vulnerável diante da complexidade das relações de consumo existente. Surge, então, a necessidade de um Estado intervencionista pronto para colocar em prática medidas que viessem a equilibrar as relações de consumo.

Assim, começam a surgir mundialmente sistemas de leis de proteção aos consumidores, baseados na proteção de uma parte vulnerável, o consumidor. No Brasil, essa defesa por algum tempo fora realizada por meio de legislações esparsas e pelo Código Civil de 1916, mas apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a codificação dos direitos do consumidor, com a implantação da Lei nº 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

O CDC trouxe várias inovações. A formulação de um conceito amplo de fornecedor, de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação desses direitos, a proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade, o regramento quanto a oferta e publicidade, o controle das práticas e cláusulas abusivas, o bancos de dados e cobrança de dívidas e a facilitação do acesso à Justiça para o consumidor são alguns exemplos claros. Tal regramento também estabeleceu que a proteção e a defesa do consumidor no Brasil seriam exercidas

por meio do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), que congrega os órgãos federais, estaduais e municipais, além das entidades civis de defesa do consumidor.

Longe de acabar com todos os conflitos existentes numa relação de consumo passa-se, então, à discussão em âmbito nacional de diversas situações corriqueiras que permeiam a relação fornecedor e consumidor. Uma dessas discussões diz respeito à variabilidade no pagamento dos produtos e serviços (dinheiro, cheque, cartão de crédito) e à possibilidade de cobrança de valores diferentes em consequência da forma de quitação escolhida pelo consumidor.

Essa prática muito comum entre os comerciantes brasileiros foi proibida pelos órgãos de proteção do direito do consumidor, decisão que seguiu acompanhada pelos Tribunais Superiores do país. Durante aproximadamente 20 anos foi assim que permaneceu, até que no final do ano de 2016 o atual governo, no uso de suas atribuições, estabeleceu a Medida Provisória nº 764, de 26 de dezembro de 2016, atualmente convertida na Lei nº 13.455, de 26 de junho de 2017, permitindo que prestadores de serviços e comerciantes cobrem de seus clientes valores distintos para um mesmo produto, de acordo com o prazo e meio de pagamento utilizado.

A referida Lei se consubstancia em um flagrante retrocesso ao princípio da proteção do consumidor, sujeito hipossuficiente e vulnerável da relação de consumo, posto que o estabelecimento de diferenciação de preços, utilizando-se como parâmetros o prazo e o meio utilizado, atinge frontalmente os princípios normatizados tanto pela Constituição Federal bem como pelo CDC.

Diante dessa nova realidade e pela relevância nacional do assunto, o presente trabalho fará uma análise crítica da Lei nº 13.455/2017 dentro do ordenamento jurídico, com enfoque no desrespeito aos princípios basilares que permeiam a relação de consumo.

No intuito de embasar o estudo pretendido, o trabalho foi dividido da seguinte forma: a primeira parte trouxe um breve histórico sobre como se deram as primeiras manifestações de proteção ao consumidor, os antecedentes históricos da proteção ao consumidor no Brasil e a criação do Código de Defesa do Consumidor, que, conforme será abordado, teve como bomba impulsionadora a Constituição Federal de 1988. De forma bem didática essa primeira parte do trabalho tem o

escopo primordial de demonstrar a base histórica da principal característica do consumidor, a vulnerabilidade.

Na segunda parte do trabalho buscou-se abordar o CDC em si, explanando sobre sua estrutura principiológica e multidisciplinar; os elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo; e quais são as relações jurídicas que se encontram sobre o seu mando de proteção. Assuntos de suma importância, pois a partir desses elementos serão demonstrados ao longo do estudo quais direitos foram diretamente atingidos pela Lei nº 13.455/2017, antiga MP nº 764/2016.

Após foi realizada uma breve digressão sobre os principais princípios que embasam a proteção ao consumidor, que são o princípio do protecionismo, da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé objetiva e o princípio equivalência das negociações.

Por fim, foi analisada especificamente a Lei nº 13.455/2017, abordando a justificativa do governo para a criação da medida provisória que a originou, seu relacionamento com as normas já existentes, a opinião dos órgão de proteção sobre sua criação, debatendo, ainda, a análise da Lei e o possível desrespeito, retrocesso, que sua edição acarretou aos consumidores por ferir princípios norteadores das relações de consumo.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ASPECTOS RELEVANTES

Um dos marcos mais importante para a proteção do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro foi sem dúvida a inclusão da defesa do consumidor, na Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental.

No entanto, antes de alcançar o patamar de direito fundamental a proteção do consumidor passou por grandes transformações. Inicialmente se deu de forma isolada através de leis que de forma paralela serviam de proteção à relação de consumo, porém com as mudanças vividas no mercado de consumo essa realidade começou a mudar. A proteção dos direitos dos consumidores passa a ocorrer em nível mundial refletindo diretamente nas leis de proteção dos consumidores brasileiros, conforme explanação nos tópicos seguintes.

2.1 Primeiras Manifestações

Era de se esperar que o desenvolvimento do comércio e da indústria acabaria por transformar as relações sociais e jurídicas até então existentes.

No começo, a proteção da relação de consumo se deu apenas de forma setorizada. Nos Estados Unidos, por exemplo, a gênese da proteção do consumidor ocorreu com o advento da Lei nº 1872, que, de forma genérica, tratava de atos fraudulentos no comércio, cumulado com a criação da Federal Trade Commission, em 1914, cujo objetivo fundamental era a proteção da defesa do consumidor através da aplicação das leis antitrustes, proteção que se intensificou em 1962 graças a John Kennedy, que assumiu como política de governo a proteção ao consumidor. (ALMEIDA, 2003)

Na Europa, a defesa do consumidor ocorria através do âmbito judicial e administrativo, fortalecendo-se a partir do surgimento da Comunidade Europeia, que lançou diretrizes como a da publicidade e a da responsabilidade civil pelos acidentes de consumo, fontes de inspiração do direito brasileiro.

Com o passar dos tempos, a importância da proteção do consumidor a nível internacional foi ganhando notoriedade, posto que esse não é um tema que diz respeito apenas a um país, é um tema supranacional, decorrente do mercado globalizado. Diante disso, a Organização das Nações Unidas ONU passou a discutir a proteção do consumidor, tendo por objetivo principal a resolução de problemas

sociais que começaram a aparecer por conta das relações de consumo, bem como pela busca pela dignidade da pessoa humana.

Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da ONU enunciou e reconheceu os direitos fundamentais e universais do consumidor. Mais tarde, em 1985, baixou a Resolução nº 39/248, reconhecendo expressamente que os consumidores de todos os países e particularmente dos países em desenvolvimento enfrentam desequilíbrios quanto a sua capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. A referida resolução tinha por objetivos auxiliar países a atingir e manter uma proteção adequada, incentivar altos níveis de conduta ética entre consumidores e fornecedores e promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor. A norma cuida, ainda, de princípios como o da proteção ao consumidor quanto aos prejuízos à segurança; fomento e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; o fornecimento adequado de informações; a criação de possibilidades reais de resarcimento ao consumidor, etc.

Portanto, a ONU abriu espaço para a discussão da proteção do consumidor a nível nacional e internacional, incentivando a busca de esforço comum entre as nações na busca pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor o reconhecimento de seus direitos.

2.2 Antecedentes Históricos

Se comparada com outros países, perceberemos que a defesa do consumidor no Brasil é relativamente nova. Inicialmente, existiam apenas algumas leis que tratavam do tema de forma bem genérica, a exemplo do Decreto 22.626/33, o qual reprimia a usura em nível estadual. Sobre o tema Almeida (2010, p. 10) leciona que:

Embora não fosse a defesa do consumidor tratada como tema específico como é hoje, verifica-se a existência de referida defesa como tema "inespecífico" em legislações esparsas que indiretamente protegia o consumidor, embora essa não fosse a intenção principal do legislador.

Logo depois, surgem, com a Constituição de 1934, as primeiras normas de proteção à economia popular. Tal Constituição desencadeou a Lei de Economia

Popular em 1951 e a criação da Lei de Repressão ao Abuso Econômico, que apenas de forma reflexa protegia o consumidor.

Em 1962, foi estabelecida a Lei Delegada nº 4, que positivou a intervenção estatal no domínio econômico para que fosse assegurada a livre distribuição de produtos de primeira necessidade à população.

Ainda no mesmo ano de 1962, passou a vigorar a Lei nº 4.137, conhecida como Lei de Repressão do Poder Econômico, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE existente até os dias de hoje.

Passo importante também foi dado em 1985, com a promulgação da Lei nº 7.347, que disciplinava sobre a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, dispondo acerca dos interesses difusos e outras proteções.

Frise-se que apesar dessas legislações esparsas a proteção do consumidor se dava em sua maior parte pelo Código Civil de 1916, que logo se mostrou deficiente frente as relações de consumo. Nas palavras dos autores Tartuce e Neves (2016, p. 38):

O Código Civil de 1916 era uma norma essencialmente agrarista, patrimonialista e egoísta, que não protegia qualquer parte vulnerável da relação jurídica estabelecida. Na verdade, como expõe Rodolfo Pamplona Filho em suas palestras, o Código Civil de 1916 era norma estruturada apenas para o amparo de uma figura jurídica: o fazendeiro casado.

Diante dessa constatação e da realidade posta, advindas das transformações que vinham acontecendo no Brasil e no mundo, a elaboração de uma lei que viesse a tratar das relações de consumo tornou-se imprescindível na busca pelo respeito a dignidade humana.

Essa realidade brasileira só veio a ser modificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que determinou expressamente em seu texto legal a proteção ao consumidor como princípio orientador nas relações econômicas.

2.3 O Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal de 1988

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor foi instituído pela Lei 8.078/1990 e demonstra-se uma norma que visa a proteção da vulnerabilidade existente na relação de consumo estabelecida entre fornecedor e consumidor.

Estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o direito do consumidor teria por objeto promover defesa dos consumidores e, também, o de assegurar defesa do consumidor, como princípio geral da atividade econômica, conforme estabelecido nos arts. 5.º, XXXII, e 170 da 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;

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 princípio

[...]V – defesa do consumidor. (BRASIL, 1988)

A Carta Política também trouxe como objetivo primordial a sistematização da tutela ao consumidor através da feitura de uma norma infraconstitucional organizada em um Código, por determinação da ordem constante no art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da nossa Carta Magna.

Em relação ao assunto, Tepedino (2004) salienta que o Constituinte não apenas insere a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma a sua proteção do ponto de vista instrumental, ou seja, o estabelecimento da obrigatoriedade da criação de um código que visasse a proteção do consumidor possibilitou a instrumentalidade da tutela da dignidade e dos aos valores existenciais do consumidor

O legislador teria que elaborar o Código do Consumidor no prazo de cento e vinte dias da promulgação da CF/88, contudo, ela só foi produzida em 11 de setembro de 1990, ou seja, quase dois anos depois da promulgação da Constituição Federal, quando então passou a vigorar a Lei 8.078/90.

Tartuce e Neves (2016), não obstante, olham para esse atraso com bons olhos, pois, segundo eles, apesar de atrasado no tempo o Código de Defesa do

Consumidor acabou tendo resultados altamente positivos para a sociedade como um todo, pois os responsáveis pelo texto do anteprojeto que acabou virando a Lei nº 8.078/90, trouxeram para o sistema legislativo brasileiro o que existia de mais moderno na proteção do consumidor. O que então pouco tem não seria possível.

O CDC trouxe consigo a superação de antigas e ultrapassadas ideias individualistas típicas da ideologia liberal, através de inovações jurídicas, como a modificação ou revisão de cláusulas contratuais excessivamente onerosas, a possibilidade de se decretar nulas cláusulas abusivas e o reconhecimento e tutela do contrato de adesão. Sobre essa temática, Daniel Amorim Neves (2016, p. 22) discorre que:

O contexto da presente obra, nota-se que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor constitui uma típica norma pós-moderna, no sentido de rever conceitos antigos do Direito Privado, tais como o contrato, a responsabilidade civil e a prescrição.

Nesse diapasão, observa-se que como norma jurídica e efetiva o CDC está umbilicalmente ligado às transformações ocorridas na sociedade e no campo econômico e social. Efing (2005, p. 31) observa que a Lei nº 8.078, de 11.09.1990 “pode ser considerada como o divisor de águas para a sociedade brasileira, entre os problemas advindos da evolução industrial acelerada e consequente massificação do consumo, e a possibilidade de solução dos mesmos”.

O Estado, antes despreocupado com as relações contratuais, se mantinha neutro e distante. Contudo, diante das transformações sofridas nas relações de consumo no século XX, passou a assumir um papel intervencionista, buscando a justiça e a proteção da dignidade humana do consumidor.

Como uma norma pós-moderna e criada no contexto da globalização, o CDC também prevê em seus artigos o respeito a tratados que estabelecem princípios a serem observados em âmbito nacional. Tal preocupação pode ser notada no seu art. 7º, que admite a aplicação de fontes do Direito Comparado, caso dos tratados e convenções internacionais. Sobre a temática, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Neves (2016, p. 23) esclarecem que:

O fenômeno pós-moderno, com enfoque jurídico, pode ser identificado por vários fatores. O primeiro a ser citado é a globalização, a ideia de unidade mundial, de um modelo geral para as ciências e para o comportamento das pessoas. Fala-se hoje em linguagem global, em economia globalizada, em mercado uno, em doenças e epidemias mundiais e até em um Direito unificado.

Dessa forma percebe-se que o CDC, consubstancia numa malha de princípios e normas estruturadas para garantir a proteção do consumidor sua proteção a nível internacional ganha importância pois serve de cabo de guerra contra um mercado também internacionalizado e que possui um amplo sistema de produção mercadológica.

3. ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1 Breve digressão

Para estudar adequadamente o CDC, é preciso levar em consideração que as relações jurídicas consumeristas estabelecidas estão atreladas ao sistema de produção massificado, que por suas peculiaridades acabou por romper com o direito privado tradicional.

Contudo, esse não deixou de pertencer a esfera do direito privado visto que, objeto de sua tutela, é o consumidor como pessoa privada e vulnerável nas suas relações frente a fornecedores que podem ser entes privados ou públicos, nacionais ou estrangeiros, etc. Sobre essa problemática Andrade (2006, p.10) aponta que:

A Constituição Federal, ao prescrever essa norma programática não instituiu o império do consumidor em relação ao fornecedor. Mas na verdade ele foi idealizado, implementado e posto em vigor para regular o mercado de consumo. Evidente que, por ser o consumidor o elemento mais fraco da cadeia de consumo o legislador viu-se obrigado a dar alguns privilégios ao consumidor, a fim de equilibrar a relação jurídica consumerista.

Frente a essa realidade o CDC cerca-se de princípios e cuida de diversas situações pelas diversas óticas do direito, se caracterizando como uma norma principiológica e multidisciplinar.

Sua base principiológica é tratada na CF e em seu texto legal, onde se encontram diversos princípios que em conjunto servem para o melhor desempenho do CDC no cumprimento de seus objetivos. Nesse diapasão Nunes (2015, p.156) ensina que: “A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem”.

O CDC, portanto, é uma lei ordinária, que funciona como um subsistema próprio, dentro do sistema jurídico-constitucional existente, não subordinado a nenhum comando hierárquico superior, com exceção, do próprio texto constitucional. Logo, está acima de toda e qualquer outra norma jurídica não constitucional por se tratar de uma norma principiológica. Sobre esse tópico Nunes (2016, p. 234) afirma que:

Esse modelo de lei principiológica é novo no sistema jurídico brasileiro, tendo sido inaugurado exatamente com o referido Código

de defesa do consumidor, a 8.078/90. Por lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico fazendo assim digamos um corte horizontal, vindo como é o caso atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica constitucional.

A norma consumerista, portanto, tem prevalência sobre normas que venham a tratar das relações de consumo, contudo frise-se que sempre quando possível e necessário a efetiva proteção do consumidor o CDC, poderá se utilizar de outros diplomas para melhor solução dos conflitos existentes na busca pela efetivação da proteção ao sujeito vulnerável. Sobre esse tema Ronaldo Alves de Andrade (2006, p. 14) afirma que :

Contudo, embora o CDC contenha normas de vários ramos do direito ele não é completo, e por vezes, necessita ser complementado por outros diplomas legislativos, entretanto isso só será possível quando ele não contiver norma regulando a hipótese concreta, pois de tiver uma norma específica regulamentando a matéria , não se aplica elemento exterior ao CDC.

O CDC também pode ser considerado como uma lei de caráter inter e multidisciplinar, possuindo natureza jurídica de um verdadeiro microssistema jurídico, ou seja, ao lado de princípios e termos que lhe são próprios. Ao discorrer sobre a temática Andrade (2006, p. 13) esclarece que:

Por se tratar de um subsistema o CDC é multidisciplinar e traz em seu bojo normas de tutela de direito material de ordem civil e penal, processual civil e penal e ainda administrativo. Dessa maneira o CDC foi criado para regular por completo todos os aspectos jurídicos da relação de consumo estabelecida entre fornecedor e consumidor, objetando a aplicação de qualquer outra legislação que lhe for contrária.

Em última análise José Geraldo B. Filomeno (1999, p 121) discorre que o CDC:

É um microssistema jurídico, na medida em que não apenas convive com outros institutos já preexistentes e encerrados nos corpos de normas mencionados, como também cria enfoque próprio e aperfeiçoa outros institutos jurídicos, como no caso dos vícios redibitórios, responsabilidade civil, teoria geral dos contratos e tutela coletiva dos consumidores.

Dessa maneira, observar-se que o CDC é um verdadeiro microssistema por ter princípios que lhe são próprios, por se correlacionar com outras leis afastando

aquelas que não estão de acordo com suas normas principiológicas. Além de ser um ramo multidisciplinar por se relacionar com vários ramos do direito possuindo em seu texto legal normas que tratam do processo civil, administrativo e do direito penal.

No que diz respeito, a relação de consumo, Flávio Tartuce (2016, p. 70) destaca que:

Na esteira das lições dos juristas, constata-se que são elementos da relação jurídica, adaptados para a relação de consumo: Existência de uma relação entre sujeitos jurídicos, substancialmente entre um sujeito ativo – titular de um direito – e um sujeito passivo – que tem um dever jurídico[...]. Presença do poder do sujeito ativo sobre o objeto imediato, que é a prestação, e sobre o objeto mediato da relação, que é o bem jurídico tutelado (coisa, tarefa ou abstenção). [...] Evidência na prática de um fato ou acontecimento propulsor, capaz de gerar consequências para o plano jurídico.[...].

Portanto, a relação de consumo tem como elementos subjetivos os fornecedores e os consumidores e quanto aos elementos objetivos a prestação da relação de consumo, que são o produto e os serviços. Elementos este que passaremos a analisar.

3.2 Elementos Subjetivos: fornecedor e consumidor

Quando se faz uma análise do CDC fica clara a preocupação do legislador infraconstitucional em definir os principais conceitos e os vários elementos que compõem a relação jurídica de consumo, e assim, contribuir para uma maior efetivação da proteção da parte mais fraca dessa relação jurídica, o consumidor.

Em relação ao conceito de fornecedor o CDC, artigo 3º estabelece que:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Bruno Miragem (2011, p. 98) descreve que:

[...] o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. Neste sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.

Frente a essa pluralidade de espécies de fornecedores há uma característica que lhes são comuns e que os define como tal, que é a habitualidade na prestação do serviço ou na oferta do produto. Como bem observa José Fernando Simão (2003, p. 38):

O sujeito que, após anos de uso do carro, resolve vendê-lo, certamente não será fornecedor nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, se o mesmo sujeito tiver dezenas de carros em seu nome e habitualmente os vender ao público, estaremos diante de uma relação de consumo e ele será considerado fornecedor.

Levando em consideração a posição desses renomados juristas, não pode ser considerado fornecedor ou àquele que vende esporadicamente uma roupa.

Portanto, a simples venda de um móvel ou imóvel sem caráter de atividade regular feita de modo eventual não transforma essa relação numa relação jurídica de consumo, contudo esse ato poderá ser regido pela legislação comum civil. Parte da doutrina também sustenta que não é necessário o profissionalismo no fornecimento de serviços, pois basta que a atividade seja habitual ou reiterada. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2003)

Outro ponto, discutido pela doutrina em relação à caracterização do fornecedor, é, que este não precisa ter objetivo de obtenção de lucro com sua atividade. A respeito da finalidade lucrativa ou não da pessoa jurídica fornecedora, interessante reproduzir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que:

Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um entre despessoalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração. (STJ – REsp 519.310/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 20.04.2004).

Nesse diapasão, entende-se que fornecedor será qualquer pessoa física ou jurídica, com ou sem fins lucrativos que atua no mercado com habitualidade. Os doutrinadores fazendo uma análise do CDC tratam também da figura do fornecedor equiparado que para Cláudia Marques (2010, p.105) seria:

É aquele que não é fornecedor do contrato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o 'dono' da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra com o consumidor. É realmente uma interessante teoria, que será muito usada no futuro, ampliando — e com justiça — o campo de aplicação do CDC.

Dessa maneira, fornecedores seriam todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e de serviços. Para o sistema de proteção do consumidor o termo fornecedor é gênero do qual fabricante, produtor, construtor, importador e comerciante são espécies. Sobre o assunto (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 83-84) discorre que:

No fornecimento por equiparação, a relação de consumo conexa contamina a relação principal, que pode ser de consumo e atrai a incidência do CDC. O terceiro, o intermediário, o ajudante ou o estipulante possuem poder em relação ao consumidor e agem como se fossem o fornecedor, sem prejuízo do diálogo entre as demais formas de expressão do Direito que balizarão cada situação concretamente estabelecida.

Portanto quando o CDC, menciona fornecedores ele trata esses como os responsáveis pela fabricação, produção, transporte, distribuição de produtos, criação e execução de serviços, etc., bem como estabelece a responsabilidade solidária entre estes, com as devidas exceções, previstas em lei.

Quanto ao conceito de consumidor, o CDC prevê em seu art. 2º, ser toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Essa definição, diz respeito, a conceito definido pela doutrina como consumidor em sentido estrito, sendo aquele que efetivamente adquire ou contrata um produto ou serviço. Contudo, apesar da definição de consumidor feita pelo CDC, a doutrina brasileira trava uma calorosa discussão sobre quem pode ou não ser protegido pelo CDC. Quanto a definição de consumidor a doutrina se divide em três teorias principais: a teoria finalista , a teoria maximalista e a teoria do finalismo temperado.

Para a corrente maximalista, consumidor, seria aquele que retira o bem do mercado de consumo, independente se usará para o seu consumo ou empregará em uma atividade lucrativa. Segundo CAVALIERI, (2008, p 13) para essa corrente consumidor é :

Quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço; aquele em razão de quem é interrompida a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a

quem os ceda, das respectivas funções — ainda que esses bens e serviços possam ser empregados, indiretamente, no exercício de sua empresa ou profissão, isto é, ainda que venham a ser interligados, acessoriamente, à sua atividade produtiva ou profissional, coletiva ou individual, voltada ou não para o lucro.

Portanto, essa corrente traz uma definição mais ampla de consumidor incluindo a pessoa jurídica e o profissional. Contudo faz-se necessário ressaltar que não será considerado consumidor aquele que compra diretamente para revenda.

Já para os finalistas, o consumidor seria o destinatário fático e econômico do produto ou do serviço, ou seja, seria aquele que retira o bem do mercado de consumo, para o seu consumo e de sua família. Cláudia Marques (2010, p.84-85) defensora dessa teoria diz que:

O destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência — é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Dessa forma, chega-se a conclusão de que para essa teoria seria consumidor seria apenas aquele que adquire um produto ou serviço para o seu uso pessoal.

Ambas as teorias, contudo, são passíveis de críticas. A teoria maximalista é criticada pela sua excessiva abrangência, uma vez que o CDC se destinaria à defesa dos consumidores hipossuficientes e vulneráveis visto que, a aplicação irrestrita pelo CDC poderia causar um desequilíbrio nas relações jurídicas existentes.

Já a teoria finalista é criticada por seu conceito muito restritivo do que vem a ser consumidor, excluindo de sua incidência figuras da relação de consumo que também poderiam ser consideradas vulneráveis, como a pequena empresa e o profissional liberal.

Temos, ainda, a teoria mista ou teoria finalista aprofundada, que fica no meio-termo entre a teoria finalista e a teoria maximalista, que exige somente a questão da destinação final fática. Nessa corrente doutrinária o destinatário final seria aquela pessoa que adquire o produto ou o serviço para o uso privado, porém, admitindo-se esta utilização em atividade de produção, com a finalidade de desenvolver atividade comercial ou profissional.

O STJ confirmando a tendência de aplicação da teoria finalista aprofundada/mitigada, ao se referir à pessoa jurídica, entendeu que o produto adquirido para atender a uma necessidade própria da pessoa jurídica, não se incorporando ao serviço prestado aos clientes, é relação de consumo. Veja-se:

Direito civil. Vício do produto. Aquisição de veículo zero quilômetro para uso profissional. Responsabilidade solidária. Há responsabilidade solidária da concessionária (fornecedor) e do fabricante por vício em veículo zero quilômetro. A aquisição de veículo zero quilômetro para uso profissional como táxi, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação das normas protetivas do CDC. Todos os que participam da introdução do produto ou serviço no mercado respondem solidariamente por eventual vício do produto ou de adequação, ou seja, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação do referido produto ou serviço (arts. 14 e 18 do CDC). Ao contrário do que ocorre na responsabilidade pelo fato do produto, no vício do produto a responsabilidade é solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, a teor do que preconiza o art. 18 do mencionado Codex" (STJ – REsp 611.872/RJ – Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – j. 02.10.2012, publicado no *Informativo n. 505*, grifo nosso).

Portanto, observa-se que não são todas as pessoas que englobam a relação de consumo que podem ser enquadradas na situação de vulnerabilidade, que é inerente ao conceito de consumidor.

No CDC também pode-se encontrar a figura do consumidor por equiparação, sendo aquele que presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado.

Existem três espécies de consumidor equiparado: a coletividade; os terceiros, vítimas do acidente de consumo do fato do produto ou do serviço; e, as pessoas expostas às práticas comerciais e aos contratos de consumo.

O consumidor equiparado quanto à coletividade são aquelas pessoas que participam da uma relação de consumo segundo o art. 2º, parágrafo único do CDC,

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.

Esse artigo permite o ingresso de ações coletivas para defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, frise-se, que essa equiparação adveio da massificação do consumo.

Já a definição de consumidor por equiparação diz respeito aquelas pessoas que são vítimas de um acidente pelo fato do produto ou do serviço, essa definição encontra respaldo no art. 17, CDC, estabelecendo que se equiparam aos consumidores todas as vítimas do evento danoso.

Portanto consumidor seria todos aqueles que sofrem danos por conta de um acidente ocorrido dentro de uma relação de consumo, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo. Esse é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLOSÃO DE LOJA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS. LEGITIMIDADE ATIVA DA PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. VÍTIMAS DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDORES.

I Procuradoria de assistência judiciária têm legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor".II Em consonância com o artigo 17, do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vínculo de qualidade por segurança. Recurso especial não conhecido.(STJ- REsp 181.580/SP, grifo nosso).

Também são considerados consumidores equiparados segundo o artigo 29 do CDC, as pessoas expostas às práticas comerciais e aos contratos de consumo. Frise-se que basta que haja exposição, não se exigindo relação de consumo finalizada ou dano concreto. É o que se pode observar na decisão proferida pelo TJ DF. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. SEGURO SAÚDE COLETIVO COM PATROCINADOR. INCIDÊNCIA DO CDC . BENEFICIÁRIO. CONSUMIDOR **BYSTANDER**. REAJUSTE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA E CLARA NO CONTRATO. INFLAÇÃO EVARIAÇÃO DOS CUSTOS MÉDICOS E HOSPITALARES.NÃO DEMONSTRAÇÃO DO AUMENTO EM RELAÇÃO AO PERCENTUAL INDICADO. ABUSIVIDADE. ART. 51 , INCISO IV, DO CDC . SINISTRALIDADE. VEDAÇÃO. RESOLUÇÃO N. 49, DA ANS. SENTENÇA MANTIDA. 1. A regra disposta no art. 29, do CDC, que amplia o alcance das pessoas protegidas pela norma consumerista quando equipara ao consumidor stander “todas as pessoas expostas às práticas comerciais” (oferta, publicidade, práticas abusivas, e ss do capítulo V, do CDC). Se a alegação é de ocorrência de prática abusiva – aumento desproporcional da prestação do seguro saúde coletivo com patrocinador – que pode atingir o beneficiário, parte vulnerável, mesmo que não tenha adquirido diretamente o produto –, deve ser protegido, como consumidor “**bystander**”. Portanto, a questão deve ser resolvida à luz do CDC. TJ-DF - Apelacao Civil APC 20140110105146 DF 0002536-24.2014.8.07.0001 (TJ-DF)

Diante de todas essas espécies de consumidores pode-se concluir que não importa se quem consome é uma pessoa física ou jurídica, mas sim, a sua vulnerabilidade.

3.3 Elementos objetivos: produto e serviço

O Código de Defesa do Consumidor ao tratar sobre o conceito de produto estabelece em seu art. 3º, § 1º, que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material. Apesar do conceito dado pelo CDC, ser bem sucinto, a doutrina traz diversas interpretações sobre o que seria produto.

Na visão dos estudiosos da relação de consumo produto seria qualquer bem, consumível fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório. Nas palavras do doutrinador Nunes (2007, p.113):

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia de bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso o seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).

Em síntese, apesar de CDC trazer uma definição de produto de forma bem reduzida, não há empecilho para uma interpretação doutrinária mais abrangente

tendo em vista à busca a proteção do consumidor vulnerável perante a aquisição de qualquer bem colocado à disposição no mercado de consumo.

Diante desse amplo conceito pode-se dizer que o conceito de produto abarca bens móveis, bens imóveis, bens materiais, bens imateriais, bens fungíveis, bens infungíveis, bens novos, bens usados, bens duráveis e bem não duráveis, etc.

Os bens duráveis são os bens tangíveis que não se extinguem após o seu uso regular, foram feitos para durar e serem utilizados várias vezes. Já os bens não duráveis são aqueles cujas finalidades para as quais se destinam desaparecem com o seu uso regular em período curto de tempo.

Além dos bens móveis o CDC, também alcança os imóveis, quando esse, trata da hipótese de sua aplicação aos contratos imobiliários, bem como em relação nos contratos de empréstimo, financiamento e seguro para a compra da casa própria.

Frise-se ainda a possibilidade de ser protegido o consumidor que adquire um produto usado no mercado de consumo, desde que os demais elementos dessa relação jurídica estejam presentes, isto é, desde que o vendedor se enquadre no conceito de fornecedor.

Já definição de serviço é encarada como qualquer atividade exercida no mercado de consumo, com essa definição o CDC deixa bem claro que o seu objetivo específico é a proteção do vulnerável independente da atividade exercida. Ressalta-se ainda, que assim como os produtos são duráveis e não duráveis, os serviços podem também assim o ser. Rizzato Nunes (2015, p.196) conceitua serviço como:

Serviço é, tipicamente, atividade. Esta é ação, ação humana, tendo em vista urna finalidade. Ora, toda ação se esgota tão logo praticada. A ação se exerce em si mesma. Daí somente poderia existir serviço não durável. Será urna espécie de contradição falar em serviço que dura. Todavia, o mercado acabou criando os chamados serviços tidos como duráveis, tais como os contínuos (por exemplo, os serviços de convênio de saúde, os serviços educacionais regulares em geral etc.). Com isso, o CDC, incorporando essa invenção, trata de definir também os serviços como duráveis e não duráveis, no que andou bem.

Cabe destacar, que apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista. Para configurar-se um serviço prestado sem remuneração, será

necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se resarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da presta.

Por fim, frise-se, ainda, que o CDC se aplica também aos serviços públicos por disposição expressa contida no art. 22 do CDC:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Acrescentem-se, então, ao elemento da atividade privada de serviços todas as atividades oferecidas pelos órgãos públicos diretamente ou por suas empresas públicas ou de economia mista, as concessionárias e permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento.

4 PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS

Quando se fala em Código de Defesa do Consumidor não se pode deixar de mostrar a importância do estudo dos seus princípios para compreender a sua pretensão mais profunda de proteção ao consumidor. O estudo desses princípios também é de fundamental importância para análise do objeto desse estudo já que o objetivo do trabalho consiste em fazer uma análise crítica da Lei nº 13.455/2017 frente aos princípios consumeristas.

Diante da dinâmica da sociedade e pela impossibilidade do legislador prevê todas as relações jurídicas existentes na sociedade, o CDC traz em seu texto diversos conceitos legais indeterminados e construções vagas, e, é nesse sentido que os princípios se tornam peças importantes para garantir a eficácia do diploma.

Entre os consumeristas, os princípios são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Contudo frise-se que os princípios não são aplicados apenas em casos de vazios legislativos, de forma meramente subsidiária, mas também de forma imediata, para corrigir normas injustas em determinadas situações. Moraes (2001, p. 26) trata da relevância dos princípios, nos seguintes termos:

Os princípios são, assim, garantia da estabilidade, funcionalidade, unidade e adequação valorativa, sendo fundamentais para que qualquer sistema possa existir, pois a tentativa de organização estrutural sem princípios não é e jamais será um sistema.

No Código do Consumidor, encontram-se diversos princípios, como exemplos, princípios estabelecidos pelo artigo 4º que regula a Política Nacional das Relações de Consumo veja-se:

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 nº 9.008, de 21.3.1995) 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; 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. 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;

Observa-se que da leitura do artigo 4º pode-se extrair vários outros princípios como o princípio da boa-fé objetiva, da igualdade, da liberdade, da informação, da transparência e da vulnerabilidade e etc. A respeito do tema Rizzatto Nunes (2015, p.186) entende que:

O CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no Sistema Jurídico Nacional e como tal ingressou no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que pode estar também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional.

Importante acrescentar que os princípios estão espalhados por todo o Código de Defesa do Consumidor e além dos princípios expressos, existem também os princípios implícitos como é, o caso do princípio da função social dos contratos.

Portanto, o CDC estabelece princípios e regras, saídos diretamente do texto constitucional, que intencionam a proteção do consumidor na relação com seus fornecedores, quaisquer que sejam estes, industriais, prestadores de serviços de diversões públicas ou agentes financeiros.

4.1 Princípio do Protecionismo do Consumidor

Com a massificação e aumento significativo do consumo foi preciso que se criasse um mecanismo de proteção para a parte frágil desta relação sociedade, dentre esses mecanismos surge o princípio da proteção ao consumidor.

O princípio em comento está previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor no qual estabelece que o ordenamento jurídico tem por função primordial o estabelecimento de normas que visem proteção e defesa do consumidor. Em decorrência desse princípio o CDC é tratado como uma norma de ordem pública e também de interesse social. Frise-se que a aplicação de tal princípio exige que a sua aplicação se dê com base no caso concreto para que haja

a proteção de forma efetiva daquele que consome. Sobre o assunto os autores Vicente e Alexandrino (2015, p. 64) discorrem que:

A ideia central do texto constitucional, concretizada pelo Código, é que, nas relações de consumo, é presumida a existência de uma disparidade econômica entre as partes, de sorte que ao consumidor, que representa o lado mais fraco, hipossuficiente, deve ser assegurado um arcabouço jurídico que compense essa desigualdade fática. Essa compensação dá-se mediante a instituição de medidas de proteção jurídica, como atribuição de responsabilidade objetiva ao fornecedor por danos ocasionados por seus produtos ao consumidor, inversão de ônus de prova em determinadas ações contra o fornecedor em que o consumidor seja parte etc.

No mesmo sentido o doutrinador Daniel Amorim Neves (2016, p. 40) enfatiza que o princípio do protecionismo do consumidor enfeixa algumas consequências práticas que não podem ser esquecidas:

A primeira consequência é que as regras da Lei 8.078/1990 não podem ser afastadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta. Como fundamento para essa conclusão, pode ser citada a previsão do art. 51, inc. XV, do Art. 4º A Política próprio CDC, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (p. 40, 2016). Como segunda consequência, cabe sempre a intervenção do Ministério Público em questões envolvendo problemas de consumo. O art. 82, inc. II, do Código de Processo Civil enuncia que compete ao MP intervir nas ações em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, o que é justamente o caso das demandas de consumo. Igualmente, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) reconhece a legitimidade do Ministério Público para as demandas coletivas envolvendo danos materiais e morais aos consumidores art. 1º. (Pg. 40, 2016). Como terceira consequência, toda a proteção constante da Lei Protetiva deve ser conhecida de ofício pelo juiz, caso da nulidade de eventual cláusula abusiva.

Portanto, o direito do consumidor veio compensar a desigualdade material ou fática instituindo uma desigualdade jurídica em favor dos vulneráveis, mediante regras protetivas imperativas, isto é, não passíveis de derrogação por meio de um acordo de vontade.

Observa-se também que o Código de Defesa do Consumidor não é apenas uma norma garantista, pois se cerca de vários mecanismos para que a proteção do consumidor seja realmente efetiva.

O CDC na busca pela eficácia do princípio do protecionismo também traz de forma expressa a instituição de um Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo com objetivo de promover a proteção e defesa do consumidor em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o qual será executado pela União em colaboração com os Estados, Distrito Federal, Municípios e com a sociedade.

Sobre o assunto acrescenta-se que a doutrina majoritária entende que todos os outros princípios do CDC são decorrências naturais do princípio do protecionismo posto que, todas as normas instituídas no CDC têm como princípio e meta a proteção e a defesa do consumidor.

4.2 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

Com o número massivo de transações de consumo realizadas corriqueiramente fez-se necessária à criação de leis que visassem à proteção do elo mais fraco da economia os consumidores.

O princípio em análise encontra-se previsto no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que a Política Nacional das Relações de Consumo na busca dos seus objetivos deve reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, não aceitando argumentação ou prova em contrário, em hipótese alguma. Segundo Fábio Costa Soares (2006, p. 40):

A vulnerabilidade do consumidor é espinha dorsal de toda a atuação protetiva e equilibrada do Estado (no âmbito, legislativo, administrativo e penal). Reconhecido expressamente no artigo 4,inciso I da lei n 8078, de setembro de 1990 como um dos princípios da política Nacional de relações de consumo.

Os estudiosos da relação de consumo em suas obras defendem que a vulnerabilidade é mais que um estado da pessoa, é um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. Neves (2016, p.41) lembra ainda que:

Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, percebe-se uma discrepância na discussão e aplicação das regras comerciais, o que justifica a

presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma condição jurídica, pelo tratamento legal de proteção.

Portanto, o princípio da vulnerabilidade do consumidor surge da necessidade de proteção do consumidor aos arbítrios do mercado de consumo e diante dessa vulnerabilidade o legislador infraconstitucional deve oferecer mecanismos de garantia à defesa do consumidor.

Quanto ao momento de verificação da vulnerabilidade, é possível constatar que esta se encontra em todas as fases de uma relação contratual desde a pré-contratação até a pós-contratação, é o que ensina Filomeno (2010, p. 12):

A vulnerabilidade há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no aspecto econômico e poder aquisitivo, quer no que diz respeito, as chamadas informações [...], apresenta-se por conseguinte na fase chamada pré-contratual. Ainda está presente na fase de contratação na aquisição de um produto ou da prestação de um serviço [...], e na fase pós-contratual em que podem surgir vícios ou defeitos[...].

Quanto às espécies de vulnerabilidade estas podem ser: técnica, jurídica, econômica e social e informacional.

A vulnerabilidade técnica decorre do fato do consumidor não possuir conhecimentos específicos sobre os produtos ou serviços a que lhe está sendo oferecido e adquirindo, tal vulnerabilidade, decorre das enormes complexidades tecnológicas existentes que, inviabilizando o conhecimento por parte do consumidor dos verdadeiros, malefícios e benefícios que podem decorrer dos produtos e serviços por eles adquiridos. Fica o consumidor, portanto, subordinado aos ditames do mercado e a boa-fé da outra parte. Nesse sentido discorre Soares (2006, p.68)

A vulnerabilidade técnica do consumido consumidor significa que este não detém, como intuitivo, conhecimentos técnicos sobre o produto que está adquirindo ou sobre o serviço que lhe é prestado. Assim está impossibilitado de questionar o fornecedor acerca da sua qualidade e funcionalidade, não restando outra alternativa senão em depositar a confiança nas informações constantes nas mensagens publicitárias e nas que acompanham o produto.

Quanto à vulnerabilidade jurídica, esta é vista como a falta de conhecimentos jurídicos específicos que o consumidor enfrenta para conseguir que

seus direitos sejam respeitados em âmbito administrativo ou judicial. Segundo Soares (2006, p. 64):

O consumidor vulnerável juridicamente por não contar com conhecimentos jurídicos específicos sobre os contratos celebrados com vista à obtenção dos produtos e fruição dos serviços e sobre as intempéries que podem surgir durante a sua execução o que não acontece com os fornecedores, que contam com profissionais bem preparados e capacitados, que atuam com a missão de encontrarem os melhores caminhos.

Essa vulnerabilidade se relaciona com a falta de órgãos especializados e com a deficiência estrutura dos existentes que por muitas vezes não oferecem a celeridade e a proteção eficaz ao consumidor.

Já a vulnerabilidade econômica e social, diz respeito, ao resultado ocasionado pela diferença de força entre os agentes econômicos e os consumidores. Sobre o assunto Nunes (2015, p. 203) assevera que:

O segundo aspecto, o econômico, diz respeito a maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e as vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

A vulnerabilidade econômica é um desequilíbrio de poderes econômicos. O consumidor é economicamente vulnerável perante o fornecedor, por exemplo, quando da dificuldade de negociar, de barganhar, de reclamar e na liberdade de escolha. Segundo Soares (2006, p. 63)

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica do consumidor decorre da superioridade do fornecedor e serviço nesse campo, evidenciada pelo domínio do mercado por estes e pela pouca ou quase nenhuma capacidade de resistência dos consumidores aos atos praticados pelos fornecedores no desempenho da atividade empresarial.

Os agentes econômicos são aqueles que detêm o poder financeiro de tal modo que podem ditar e estabelecer regras, ou criar mecanismos a fim de impetrar suas vontades sobre os demais, por isso o Estado deve estar atento as relações de consumo.

Já a vulnerabilidade informacional é reconhecida apenas por alguns doutrinadores mais modernos e diz respeito à dificuldade do consumidor de obter a informação verdadeira do produto. Segundo os doutrinadores essa vulnerabilidade

tem ligação direta com a era informacional em que nos encontramos, posto que o consumidor se acha vulnerável diante do bombardeio de informações recebidas de vários meios de comunicação. Segundo Cláudia Lima Marques (2008, p. 75):

Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis os fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente enquanto pessoa física.

Nessa vulnerabilidade entende-se que o que fragiliza o consumidor não é a deficiência de informação, mas o fato de ser copiosamente difundida, manejada e controlada pelos fornecedores. A proteção do Estado nesse tipo de vulnerabilidade justifica-se pelo fato de que uma informação inadequada sobre produtos e serviços muitas vezes pode ser potencialmente geradora danos.

4.3. Princípio da Boa-Fé Objetiva

A boa-fé objetiva é o mais importante princípio do direito contratual contemporâneo, consubstancia-se em uma cláusula geral de conteúdo principiológico e está implícita a toda relação privada. Como cláusula geral ela confere aos intérpretes da norma, resolver o caso concreto verificando se os participantes da relação jurídica se portam de maneira justa, leal e proba.

Esse princípio é tratado de forma expressa no art. 4º, inciso III, de onde se extrai que a aplicação do CDC deve buscar a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a 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 CF, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Nesse contexto, nas relações negociais consumeristas deve estar presente o justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes, em todos os momentos da negociação começo, meio e fim da relação de consumo. Marques (1995, p.55) refere, ainda, que:

A boa-fé objetiva é um paradigma, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação estudada. Boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva.

Segundos os doutrinadores a boa-fé é um conceito jurídico indeterminado, referindo-se ao tipo de comportamento exigido numa relação jurídica. Ela pode ser estudada sob dois ângulos, a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva refere-se ao estado psicológico da pessoa, consistente na justiça, na licitude de seus atos ou na ignorância de sua antijuricidade. É o que discorre com maestria o autor Cristiano Chaves Farias (2015, p.141):

A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio.

Já a boa fé objetiva enquanto princípio comporta três funções, função interpretativa, função criadora de deveres jurídicos e por fim função limitadora dos direitos subjetivos (KHOURI, 2009). Em relação ao princípio em comento Pimentel (2003, p.29) discorre que:

São as três funções inerentes ao princípio da boa-fé: a) Função interpretativa visa determinar o sentido das cláusulas contratuais, averiguando se o seu teor, conteúdo, encontra-se em conformidade com os valores vigentes.b) Função controladora serve de elemento balizador, controlador do comportamento humano, limitando o exercício dos direitos e buscando impedir que o titular do direito subjetivo exerça-o de forma abusiva.c) Função integrativa ou integradora sendo um dos elementos de integração do direito, o princípio geral da boa-fé objetiva também pode integrar à medida que pode adequar e verificar as lacunas da lei ou do contrato diante do contexto que reuniu sua celebração.

Portanto, a função interpretativa é aquela dirigida ao magistrado, que deve buscar no princípio da boa-fé fundamentos para integrar o negócio jurídico, preenchendo as lacunas e buscando a justiça interna da relação contratual. De acordo com Paulo Roberto Khouri (2009, p. 57).

Essa interpretação se daria pelo fato de que elementos de regulação e os conteúdos normativos constituídos pelos contratos são

perceptíveis não apenas a partir das declarações dos contratantes, mas fundamentalmente, da interpretação da regulação objetiva criada com o contrato.

Já a função criadora da boa-fé dirige-se às partes em todas as fases do contrato, da simples oferta à execução do contrato. Ela se materializa num dever ser, impondo aos sujeitos da relação jurídica o dever de agir com correção, segundo os padrões de comportamento do homem médio, estabelecida e reconhecida no meio social.

No CDC essa função ganha respaldo, uma vez que o artigo 51, inciso IV, estabelece que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que possam vir a estabelecer obrigações iníquas, abusivas e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Considera abusiva e, portanto, nula, toda cláusula que viole a boa fé. Nesse sentido Soares (2007, p. 97) ensina que: "A boa-fé objetiva expressa um modelo de conduta social ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta ao arquétipo normativo, atuando com honestidade, lealdade e probidade."

Por fim, a função limitadora dos direitos subjetivos imprime na relação de consumo um limite ao princípio da autonomia da vontade. Nesse diapasão, o princípio da boa-fé visa assegurar que as partes nas relações contratuais se tratem com lealdade e com ética, coibindo comportamentos abusivos, exigindo que as partes atuem com estrita sinceridade, seriedade, veracidade, lealdade e transparência, sem maus objetivos disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro.

A boa-fé elevada a princípio contratual só pode ser entendida a partir do momento em que se atribui ao contrato não uma função individual econômica, mas uma função de grande relevância social (KHOURI, 2009). Sobre esse princípio Costa (2009, p. 37) explana que:

Com efeito, constituindo "norma-princípio, mais propriamente um modelo, a boa-fé objetiva em sua concreta atuação opera articuladamente com outros princípios e com outras regras. No substrato desta técnica combinatória está a consideração das transformações que sofre a ordem econômica em razão da chamada "globalização" e que utiliza as normas vagas, em combinação com normas imperativas, juntamente com outros procedimentos, tais como novas formas de articulação negocial, para minimizar os riscos das fissuras econômico-sociais[...].

Cabe ressaltar que se o estado brasileiro tem por fundamento a dignidade da pessoa humana, não se pode mais conceber que o consumidor seja submetido a práticas consumeristas que propiciem a obtenção e vantagem econômicas exageradas. Daí vem a importância da busca pela efetivação da boa-fé nos contratos de consumo.

4.4 Princípio da Equivalência Negocial

Pelo princípio da equivalência negocial, é garantida a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídica patrimonial. Esse princípio tem por objetivo primordial a manutenção do equilíbrio contratual, não só no que tange ao objeto da relação de consumo, mas também em relação às partes pactuantes.

A equidade busca estabelecer um cenário de igualdade entre o fornecedor e o consumidor, parte vulnerável da relação de consumo. Esse princípio traz à tona a máxima constitucional pela busca da igualdade material, ou seja, garante tratamento igual aos que se encontram em situação de igualdade e tratamento de forma desigual os que se encontram em posição de desigualdade. De acordo com Farias e Nelson (2015, p. 209):

A justiça contratual constitui expressão do princípio consagrado no art. 3º, III, da Constituição Federal: O princípio da igualdade substancial. O contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante. Destarte, o equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável, em face da disparidade de poder negocial, recorrente na sociedade de massa.

Por esse princípio, é assegurado ao consumidor que esteja em condições iguais e circunstâncias semelhantes, a igualdade na aquisição de produtos ou serviços apresentados e disponíveis no mercado de consumo. Trata-se de norma oriunda do princípio da isonomia, inserido no *caput* do art. 5º da Constituição da

República (CAVALLIERE, 2008). Nesse mesmo patamar Alexandre de Moraes (2016, p. 99) afirma que:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Pela norma incutida no inciso II, art. 6 do CDC, o fornecedor não pode diferenciar os consumidores entre si, ele tem o dever de oferecer as mesmas condições a todos os consumidores. Admitindo-se apenas que se estabeleçam certos privilégios aos consumidores que necessitam de proteção especial, como, por exemplo, idosos, gestantes e crianças, exatamente em respeito à aplicação concreta do princípio da isonomia (NUNES, 2015).

O fornecedor fica impossibilitado de tecer distinção entre os consumidores entre si, tratando-os assim com a devida igualdade por se enquadarem na qualidade de consumidor.

Frise-se que o princípio em estudo tem uma ligação íntima com o princípio da boa-fé os dois princípios em conjunto estabelecem uma exigência de condutas de lealdade por parte dos profissionais da relação de consumo, que deverão, de maneira igualitária, fornecer condições iguais nas fases pré-contratual e pós-contratual do negócio jurídico.

Nesse contexto de equivalência, podem-se citar os arts. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor os quais vedam que os destinatários finais sejam expostos a práticas desproporcionais, afastam determinadas cláusulas e práticas abusivas, geradoras de nulidade absoluta e de responsabilidade civil, dependendo do caso concreto.

5 A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA: JUSTIFICATIVAS DO GOVERNO

A Medida Provisória nº 764 instituída em 26 de dezembro de 2016, autoriza a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, tornando nula cláusula contratual que proíba ou restrinja a prática pelo lojista. A referida medida foi anunciada no dia pelo atual governo como parte do chamado pacote natalino criado para estimular a economia brasileira e o ambiente de negociação no comércio. Diz a medida, agora lei, que:

Art. 1º Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput deste artigo (...). (BRASIL, 2016)

De acordo com Exposição de Motivos nº 53/2016 BACEN/ MF, enviada pelo atual Ministro da Fazenda Henrique Meirelles ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, no dia 23 de dezembro de 2016, a possibilidade de diferenciação de preços constitui mecanismo importante para a melhor aferição do valor econômico de produtos e serviços e traz benefícios relevantes para a relação com os consumidores.

Entre os quais destacam-se que a impossibilidade de diferenciar preços tende a distorcer a natureza da contestabilidade entre os diversos instrumentos de pagamento, dificultando a escolha do instrumento menos oneroso na relação de consumo, tende também a alterar o equilíbrio de forças entre os agentes do mercado – o fato de os estabelecimentos terem a possibilidade de praticar preços diferenciados pode promover um maior equilíbrio no processo de negociação entre os agentes de mercado com benefícios para o consumidor – e a minimizar a existência de subsídio cruzado dos consumidores que não utilizam cartão (majoritariamente população de menor renda) para os consumidores que utilizam esse instrumento de pagamento (majoritariamente população de maior renda).

A medida também foi criada com o propósito de acompanhar as tendências da prática de diferenciação de preços por outros países, trazer segurança jurídica para os estabelecimentos que optarem por praticar a diferenciação de preços com base no instrumento de pagamento utilizado ou no prazo, evitando, inclusive,

possíveis controvérsias regulatórias e judiciais decorrentes da ausência de marco legal sobre a matéria.

5.1 A Lei nº 13.455/ 2017 e as normas consumeristas

A Lei n. 13.455/2017, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 764/2016, teve sua origem no Projeto de Lei de Conversão nº 6/2017, apesar de não modificar o texto do CDC expressamente, essa nova lei acabou indo de encontro a direitos já garantidos pelo consumidor, pois ela abre espaço para uma prática comercial que há muito tempo vinha sendo reprimida tanto pelos órgãos de proteção do consumidor como pela jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (DPDC) tratando do tema expediu no dia 12 de maio de 2004, Nota Técnica 103, que estabelecia a abusividade da cobrança de preços diferenciados para compras feitas com cartão de crédito.

Assim, desde que o pagamento de produtos e serviços por meio da moeda de plástico passou a ser utilizado pela maioria da população, o assunto já era bastante discutido, tanto no âmbito administrativo como no judicial.

A nota técnica nº 103/2004 emitida pelo DPDC deixa claro que não era permitido o fornecedor, ao aceitar cartões de crédito como forma de pagamento, cobrar qualquer quantia a mais com o fim de desestimular o uso do referido meio de pagamento, pois violaria o princípio da boa-fé, existindo vedação expressa para referida conduta.

Os referidos dispositivos ficam prejudicados pela Lei nº 13.455/2017 e agora a interpretação a ser dada é a de que não mais é proibida a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

Em relação à jurisprudência a referida problemática se encontrava pacificada no sentido de que o pagamento diferenciado para compra à vista ou no cartão seria uma prática abusiva, visto que feria o equilíbrio contratual e a boa-fé.

Como se observa na jurisprudência formada pelo STJ, podendo-se citar o seguinte julgado:

CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO PELO PROCON. LOJISTAS. DESCONTO PARA PAGAMENTO EM DINHEIRO OU CHEQUE EM DETRIMENTO DO PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO. PRÁTICA ABUSIVA. CARTÃO DE CRÉDITO. MODALIDADE DE PAGAMENTO À VISTA. 'PRO SOLUTO'. DESCABIDA QUALQUER DIFERENCIADA. DIVERGÊNCIA INCOGNOSCÍVEL. 1. O recurso especial insurge-se contra acórdão estadual que negou provimento a pedido da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte no sentido de que o Procon/MG se abstinha de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas pelo fato de não estenderem aos consumidores que pagam em cartão de crédito os descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens ou serviços pagos em dinheiro ou cheque. 2. Não há confusão entre as distintas relações jurídicas havidas entre (i) a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão de crédito (consumidor); (ii) titular do cartão de crédito (consumidor) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor); e (iii) a instituição financeira (emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). 3. O estabelecimento comercial credenciado tem a garantia do pagamento efetuado pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos creditícios, incluindo possíveis fraudes. 4. O pagamento em cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, pro soluto, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor. 5. A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual. Exegese do art. 39, V e X, do CDC: 'Art. 39. 6. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num "conceito aberto" que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor.[...]Recurso especial da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte conhecido e improvido" (STJ, REsp 1479039/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/10/2015).

Ademais, o inciso IV, do art. 51, do CDC, estabelece serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Como já estudado no presente trabalho, o consumidor é presumidamente vulnerável e, por isso, o Estado deve intervir na relação de consumo buscando a harmonização das relações de consumo e a busca pelo equilíbrio entre consumidor e fornecedor. Não deve, pois, retroceder e retirar do consumidor garantias de exegese constitucional.

Muitas vezes a vulnerabilidade abre espaços para que os fornecedores consigam impor vantagens e condições excessivas, algumas delas nem sempre perceptíveis, e que sempre se revertem em ganhos injustificáveis às custas do

consumidor. Essas atitudes se consubstanciam no que o CDC denomina como práticas abusivas, previstas no inciso V, do art. 39, do CDC, que estabelece a vedação às práticas abusivas. Para Cavalieri Filho (2008, p.149), as práticas abusivas são:

Ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. São práticas que, no exercício da atividade empresarial, excedem os limites dos bons costumes comerciais e, principalmente, da boa-fé, pelo que caracterizam o abuso do direito, considerado ilícito pelo art. 187 do Código Civil. Por isso são proibida.

Ainda sobre o conceito de prática abusiva, Benjamim (2013, p. 277) enfatiza que:

As práticas abusivas não se confundem com as práticas de concorrência desleal, apesar de que estas, embora funcionando no plano horizontal do mercado (de fornecedor a fornecedor), não deixam de ter um reflexo indireto na proteção do consumidor. Mas prática abusiva no Código é apenas aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo (do fornecedor ao consumidor), afeta o bem-estar do consumidor.

Portanto, para o CDC, a prática abusiva estará caracterizada sempre que houver flagrante desrespeito ao princípio da boa-fé, assim como aquelas que levarem o consumidor a ter sua dignidade reduzida ou até mesmo suprimida. Acrescenta-se que o rol existente no artigo 39 do CDC é composto de hipóteses exemplificativas de práticas abusivas, podendo outras leis ou órgãos de proteção prever abusividades diversas. Benjamin (2013, p. 177) afirma que:

Como decorrência da norma do art. 7º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos empresariais que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código. Por conseguinte, entre outras, são práticas abusivas as atividades regradas nos arts. 5.º (incs. II e III), 6.º (incs. I, II e III) e 7.º (incs. I, II, III, IV, V, VII e IX), da Lei 8.137/1990 (lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

No mesmo sentido, Neves e Tartuce (2014, p. 276):

O art. 39 da Lei 8.078/1990 tipifica, mais uma vez em rol exemplificativo ou *numerus apertus*, uma série de situações tidas como ensejadoras do abuso de direito consumerista. Muitas das hipóteses ali descritas são bem comuns na contemporaneidade, sem excluir outras que surgirem pela evolução das relações negociais. Deve-se entender que constitui prática abusiva qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista.

Cabe esclarecer que apesar da incidência de cláusulas abusivas ser maior nos contratos de adesão, incidem também em todo e qualquer contrato de consumo, escrito ou verbal, pois o desequilíbrio contratual, com a supremacia do fornecedor sobre o consumidor, pode ocorrer em qualquer contrato, concluído mediante qualquer técnica contratual (NERY, 1999).

No que tange o termo “desvantagem exagerada”, o art. 51, IV, do CDC, diz que presumir-se-á exagerada, entre outros casos, a vantagem que venha a ofender os princípios fundamentais do CDC, que venha a restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, ameaçando o objeto do contrato ou equilíbrio contratual, e que traga consequências excessivamente onerosa para o consumidor.

A promulgação da lei possui, ainda, como problemática a quebra dos princípios norteadores da relação de consumo, que têm por base principal a boa-fé objetiva. O referido princípio é a orientação maior do CDC, base de toda a conduta negocial, por trazer como fundamento a lealdade, o respeito, a fidelidade e a cooperação nas relações contratuais. Toda norma criada que vá de encontro com esse princípio é considerada abusiva. O próprio CDC prevê no inciso XV, do art. 51 serem abusivas cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor. De fato, conforme nos ensina Nunes (2012, p.108) que:

A boa-fé objetiva, que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Assim, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, honesto na atuação de cada uma das partes na relação contratual a fim de garantir respeito uma à outra. É um princípio que visa à ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão, cooperando sempre para atingir o fim almejado na transação, realizando de forma eficiente o interesse das partes.

O Estado como ente garantidor de direitos, sob a alegação de possibilitar o aumento da produtividade do país, jamais poderia promulgar uma lei que contraria os direitos dos consumidores, que possuem como base principiológica a Constituição Federal.

O correto seria que o lucro do fornecedor decorresse do seu esforço e do oferecimento regular do produto ou serviço, ficando preservada a liberdade de

escolha do consumidor. Assim, o lucro do fornecedor deve ser garantido através do seu trabalho, se abstendo ele de atos que venham a prejudicar o consumidor e a sociedade em geral.

Os estabelecimentos comerciais não estão obrigados a estabelecer convênio com as administradoras de cartões de crédito. Se o fazem, é porque ponderaram as vantagens e desvantagens daí decorrentes. Frise-se que nada os impede de rescindirem os contratos com as administradoras, podendo praticar as transações comerciais somente mediante o recebimento de cheque, dinheiro ou débito em conta.

A jurisprudência do STJ, quando trata do assunto, também justifica a abusividade da prática da cobrança diferenciada alegando que o pagamento com cartão é uma modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*, porquanto implica, automaticamente, na extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor, pois o pagamento por cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação ou vinculação junto ao fornecedor, uma vez que este dará ao comprador total quitação, findando a relação entre o consumidor e o lojista.

Logo, para o STJ o preço à vista deve ser estendido também aos consumidores que pagam em cartão de crédito, os quais farão jus, ainda, a eventuais descontos e promoções porventura destinados àqueles que pagam em dinheiro ou cheque (STJ. 2^a Turma. REsp 1.479.039-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015).

O custo pela disponibilização de pagamento por meio do cartão de crédito é inerente à própria atividade econômica desenvolvida pelo empresário, destinada à obtenção de lucro, em nada referindo-se ao preço de venda do produto final. Imputar mais este custo ao consumidor equivaleria a atribuir a ele a divisão de gastos advindos do próprio risco do negócio (de responsabilidade exclusiva do empresário), o que, além de refugir da razoabilidade, destoa dos ditames legais, em especial do sistema protecionista do consumidor. (STJ. 3^a Turma. REsp 1.133.410/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/03/2010).

O consumidor, pela utilização do cartão de crédito, já paga à administradora e emissora do cartão de crédito taxa por este serviço (taxa de administração). Atribuir-lhe ainda o custo pela disponibilização de pagamento por meio de cartão de crédito, responsabilidade exclusiva do empresário, importaria em onerá-lo

duplamente (bis in idem) e, por isso, em prática de consumo que se revela abusiva (STJ. 3^a Turma. REsp 1.133.410/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/03/2010).

Assim, é evidente que a promulgação da Lei enfraquece o direito do consumidor, ao permitir a diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito, caracterizando prática abusiva, nociva ao equilíbrio contratual.

5.2 Pronunciamentos de Profissionais e Instituições Diversas sobre a Medida Provisória

As instituições especializadas no assunto, em sua maioria, especialmente as não governamentais, após a notícia da permissão para diferenciação de preço se manifestaram contrárias edição da medida presidencial.

A Coordenadora Institucional da Proteste-Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, Maria Inês Dolci, entende que:

O consumidor já arca com muitos custos para ter o conforto do cartão de crédito. Custos estes que vão desde a anuidade, tarifas, bem como os juros do sistema rotativo. A tese adotada é a de que o custo do lojista para trabalhar com cartão não pode ser repassado para o consumidor, pois faz parte do risco do negócio. (O GLOBO, 2017)

A economista Ione Amorim, em uma publicação sobre a MP nº 764/2016 constante no site do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC também defende que a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado é abusiva. Assim, veja-se:

Fixar um preço mais alto de quem paga com cartão de crédito fere o inciso V do artigo 39 do CDC, que classifica como prática abusiva exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. A promessa de redução de juros a partir da adoção da diferenciação do preço para uso cartão de crédito para pagamento à vista, transfere para o consumidor o impasse dos custos operacionais entre estabelecimentos comerciais e empresas de intermediação (bandeira, emissores, adquirentes) sobre os custos de taxas de operação, utilização de máquinas e prazos para pagamentos.

De acordo com Flavio Tartuce, em seu artigo intitulado “Breves Comentários sobre a MP 764/2016”, publicado no site jusbrasil, informa que a norma contraria a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Poderiam os comerciantes transferir os valores relativos às taxas de administração do cartão de crédito para os consumidores? Penso que não, estando aqui a vantagem manifestamente excessiva, a configurar a ilegalidade da Medida Provisória. Ademais, será que, com a norma, os preços com pagamento em dinheiro vão diminuir ou os preços com pagamento via cartão de crédito irão aumentar? Acredito mais no segundo caminho, infelizmente, pela nossa realidade de mercado (TARTUCE, 2017).

A norma contraria ainda, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, que há muito tempo vem declarando que a diferença de preços de produtos e serviços de acordo com a forma de pagamento utilizada é abusiva.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC – emitiu uma nota em seu site, em que considera a nova regra um retrocesso, pois dá brechas para que o consumidor seja duplamente penalizado na formação de preço, infringindo o art. 39, inciso V, do Código Defesa do Consumidor. Outro órgão que também considera um retrocesso à nova regra é a Associação Brasileira de Procons.

É praticamente unânime entre os órgãos de proteção do consumidor, doutrinadores e jurisprudência que a edição da medida representa um retrocesso. A norma ora analisada é totalmente absurda, eis que, de forma expressa, permite ao fornecedor que infrinja normas protetivas do consumidor constantes no CDC, além de contrariar outros instrumentos normativos e a jurisprudência consolidada dos tribunais.

5.3 A diferenciação de preço na forma de pagamento e suas implicações

Segundo dados do SPC Brasil, o cartão de crédito é uma das principais modalidades de pagamento usadas pelos consumidores em todo o mundo e, no Brasil, já são quase 52 milhões de usuários.

A grande adesão a esse tipo de pagamento entre os consumidores se dá pelo fato do cartão de crédito ensejar ao consumidor realizar operações mercantis diretas sem incômodas entrevistas e oferecimento de garantias, o que faz crescer o elenco de potenciais compradores. (FAZZIO, 2016)

Outra vantagem que o uso do cartão traz, segundo 34% dos consumidores, conforme pesquisa realizada pelo SPC Brasil, é a segurança oferecida, uma vez que não é necessário andar sempre com dinheiro ou cheque. Em seguida, os entrevistados citaram poder parcelar o valor das compras (25%); poder comprar mesmo quando não tem dinheiro (13%); e terem um prazo maior para pagar (12%).

Já entre os comerciantes, uma pesquisa realizada pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) em novembro de 2016, com empresários de todo o Brasil, revela que mais de 70% dos empresários dos segmentos de varejo e serviços aceitam os cartões como meio de pagamento, seja de crédito (72,3%) ou de débito (70,1%). Quanto às vantagens do uso do cartão de crédito pelo fornecedor, Fazzio (2016, p. 446) aponta que:

O cartão de crédito abrevia os riscos que a insolvência do comprador significa para o empresário, bem como minimiza os custos operacionais dos departamentos de crédito, e mostra-se indispensável fator de segurança. Afinal de contas, graças ao cartão de crédito, o empresário não desperdiça seu tempo e dinheiro em cogitações sobre as condições de solvência do adquirente. A empresa emissora do cartão garante o pagamento do débito emergente da operação negocial.

Quanto aos pontos positivos, os fornecedores apontam como uma das principais vantagens relatadas são: menor risco de inadimplência (47,8%), não ter que ir ao banco fazer depósitos (29,0%) e atrair novos clientes (23,6%).

Já os pontos negativos são ligados às taxas das administradoras: aluguel da máquina (44,4%) e redução da margem de lucro devido às taxas pagas (33,2%). Há ainda 20,0% que dizem ter que elevar os preços para conseguirem pagar as taxas de administração e 19,7% citam a demora para receber o reembolso do valor vendido.

A pesquisa também aponta que cerca de dois em cada dez desses empresários (18,1%) admitiram estabelecer um valor mínimo para compras com esse meio de pagamento e 78,2% disseram não fazer. A prática de estabelecer o valor mínimo é vedada aos comerciantes, mas é a forma que encontram para se livrar dos custos dos meios eletrônicos de pagamento. Quatro em cada dez empresários que recebem através de cartões (41,9%) afirmam descontar o percentual que o cartão cobra sobre as vendas para o cliente que pagar em dinheiro à vista.

Desse último dado pode-se tirar duas conclusões: não há o repasse do subsídio cruzado apontado pelo legislador, pois como mostra a pesquisa o fornecedor abate o preço; e, a segunda implicação seria que a nova lei poderia trazer um sobrepreço para aqueles que pagam com cartão de crédito, pois como se pode perceber a prática de repasse mesmo sendo proibido já era praticada pelos fornecedores, ou seja, a lei deixa margem para a possibilidade de duplo acréscimo no valor do produto, situação agravada pela falta de aparelhamento dos órgãos fiscalizadores da relação de consumo e pela ineficácia quase que absoluta das regras de transparência na relação de consumo.

Conforme explicado anteriormente o princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes uma atuação justa, proba do início ao fim da relação contratual. O que observamos, com a aprovação da lei é que esse princípio está sendo atingido. Na medida em que o legislador legaliza a diferenciação, o consumidor passa a ser responsabilizado, por custos estranhos a sua vontade, já que essa medida abre espaço para o repasse indevido de certos valores ao consumidor.

Apesar de essa prática ter sido anteriormente utilizada pelo fornecedor mesmo sendo proibida, conforme a pesquisa acima mencionada, esse costume que era *contra legem* não deve servir de argumento para a propositura de uma lei sob a desculpa de trazer segurança jurídica, visto que a própria lei fere o princípio da boa fé, pois o repasse dos custos das operações financeiras deve correr por risco do fornecedor, não por conta do consumidor, que já é bastante onerado, visto que sobre o uso do seu cartão também paga taxas de manutenção.

O consumidor, portanto, não deve ser visto com um sócio do comerciante, uma vez que o aumento no valor da mercadoria comprada com o cartão de crédito representa, em verdade, o custo do comércio ao consumidor. Nunes (2012, p.64) afirma que:

É o outro aspecto fundamental para o entendimento do direito material do consumidor é o princípio que se extrai da harmonização dos demais princípios do art. 170 na relação com os outros mais relevantes (dignidade da pessoa humana, vida sadia, justiça etc.). É o risco da atividade do empregador. Não esta obrigada a desenvolver qualquer negócio ou atividade. Se o fizer e obtiver lucro, é legítimo que tenha lucro. Mas se sofrer perdas elas também serão suas.

É preciso que se afirme com todas as letras que a decisão de empreender é livre: o lucro decorrente dessa exploração é legítimo; o risco total é do empreendedor. Isso implica que, da mesma forma que ele não repassa o lucro para

o consumidor, não pode, de maneira alguma, transmitir-lhe nenhum risco, mesmo que parcial. Ressalte-se que esse risco não pode ser dividido quer por meio de cláusula contratual, quer por meio de ações concretas ou comportamentos reais. Nem por norma infraconstitucional, por óbvia constitucionalidade, poder-se-á transferir o risco da atividade para o consumidor (NUNES, 2012).

Dessa forma, pode-se observar que a lei é totalmente incompatível com o CDC, pois esta abre espaço para a cobrança de valores indevidos aos consumidores, posto que, quando o consumidor escolhe pagar com o cartão de crédito, a inadimplência do consumidor não tem importância para o fornecedor: a administradora do cartão de crédito é quem arcará com essa possível inadimplência. A taxa que os fornecedores pagam às operadoras de crédito é o custo da garantia da adimplência do montante contratado. Portanto, trata-se de um contrato que é relativo ao fornecedor e à administradora de crédito, não há que se falar em repasse ao terceiro não pertencente à relação contratual.

Quanto ao princípio de vulnerabilidade, um dos fundamentos do CDC, que confere sentido instrumental à proteção da defesa do consumidor e tem por objetivo a dignidade da pessoa humana, estaria ele sendo atingido em todos os seus aspectos, mas principalmente no que tange a vulnerabilidade jurídica e socioeconômica.

A vulnerabilidade jurídica ou científica estaria sendo violada, pois o consumidor não possui conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia, ficando assim desprotegido em face de problemas como a soma de juros, por não ter conhecimento consumidor no assunto pode ser ludibriado quanto ao verdadeiro valor do produto.

Essa situação seria agravada pela insegurança que essa lei traz em relação a qual seria o verdadeiro preço do produto, já que existem cartões de diversas bandeiras e que cobram valores diversos na cobrança de seus serviços, ferindo também o direito a informação, prejudicando, inclusive, a comparação dos preços efetivamente praticados pelos fornecedores.

Quanto à tese do poder de negociação, em que o legislador afirma que o consumidor ganhou com tal, a referida proposição não coaduna com a realidade vivida na relação de consumo, visto que o consumidor perde poder de barganha frente ao forte poder econômico dos fornecedores e sua necessidade na obtenção do produto, muitas vezes sendo levado a comprar o produto nos moldes impostos

pelos fornecedores. Em relação ao tema discutido Marques (2006, p.148-149) esclarece que “o ponto de concentração é outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”.

Quanto à tese da baixa do valor dos produtos e serviços, o que se sabe é que historicamente o valor de um produto está relacionado com a lei da oferta e da procura e não com o estabelecimento de uma lei.

Tal medida se torna ainda mais descabida frente as pesquisas realizadas pelo SPC Brasil, que apontam que o uso de cartões de débito e crédito para compras de alimentos e supermercado no Brasil já representam 37,8% do valor total gasto. Ou seja, o cartão de crédito, apesar de servir muitas vezes como um instrumento de compra de bens supérfluos, está passando a se tornar um instrumento essencial para garantir que famílias tenham o mínimo de dignidade possível. A prática da diferenciação de preço, portanto, está tornando a cesta básica ainda mais cara.

Outro ponto que não pode deixar de ser mencionado, segundo pesquisa realizada pela SPC Brasil em agosto de 2016, é que os idosos são uns dos maiores adeptos ao cartão de crédito. A estimativa é de que 58,0% da população acima de 60 anos usa essa forma de pagamento. Ainda, uma pesquisa feita pela CDL/BH em junho de 2016 aponta que 80% dos idosos possuem cartão, sendo que metade deles conta com três ou mais targetas, ou seja, temos aí a possibilidade de consumidores hipervulneráveis e desprotegidos

Cabe ainda discorrer que essa medida, a lei, atinge em cheio o princípio da equivalência negocial, visto que ela abre as portas para a diferenciação de clientes. O CDC, hoje, veda essa diferença e defende que os consumidores devem ser tratados de forma igual com todos os tipos de ofertas e não só com pagamento no crédito ou em dinheiro, de acordo com o presidente a Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-MT:

Quando você trata de forma diferenciada quem pode pagar em dinheiro e quem não pode, obviamente que há certa discriminação para aquele que não pode, ele vai ser preterido. Esse é o entendimento dos tribunais

E como a lei não altera o CDC, a tendência é que haja a judicialização por parte do consumidor que se sentir discriminado em razão da diferenciação de preço, causando um abarrotamento da justiça.

6 CONCLUSÃO

Indiscutivelmente, a relação de consumo mudou ao longo do tempo com as transformações ocorridas no século XX. O desenvolvimento de grandes grupos econômicos e a massificação do consumo tornaram imprescindível para a guarda da dignidade humana a criação de mecanismos que viessem a promover a proteção da parte mais fraca da relação de consumo, o consumidor.

No Brasil, a proteção do consumidor ganhou força com a promulgação da CF de 88, que trouxe dentro do seu texto a defesa do consumidor como um direito fundamental. A efetivação desse direito veio com o CDC/90, que tem por finalidade precípua restabelecer o equilíbrio entre fornecedor e consumidor.

Conforme estudado no decorrer do trabalho, o CDC traz em seu texto legal, diversos princípios que devem ser observados por todos os integrantes que cuidam direta ou indiretamente da relação de consumo.

Infelizmente, o dever de proteção a defesa do consumidor foi desrespeitado na feitura da Lei nº 13.455/2017, pois, como explanado no trabalho, essa medida acabou ampliando a vulnerabilidade do consumidor.

O ordenamento democrático deve primar pela proteção daquele que se encontra formal e materialmente em condições menos favorecidas, a crise financeira que assola o país e a busca pela efetivação de medidas de fomentação da economia não podem, de maneira alguma, servir de baluarte para se deixar de lado o valor teleológico do ordenamento jurídico e diretriz normativa de todas as relações jurídicas consumeristas.

Na busca pelo aquecimento do mercado o governo brasileiro editou a lei 13445/2017, que se revelou totalmente onerosa e prejudicial ao consumidor, já que sua edição trouxe várias implicações na relação de consumo, a exemplo da transferência dos riscos do negócio ao consumidor, ferindo assim o princípio da boa-fé objetiva da relação de consumo. Tal lei também fere o princípio da vulnerabilidade em seus diversos desdobramentos, como quando no momento de crise financeira, no intuito de fomentar a indústria e o comércio, o consumidor vulnerável economicamente vê o seu poder de compra reduzido ou até mesmo tolhido, já que para comprar um produto mais em conta precisa se submeter à vontade do comerciante, pois, como foi demonstrado, seu poder de negociação esbarra na sua necessidade pelo produto.

Também atinge a sua vulnerabilidade jurídica, já que o consumidor não tem conhecimento suficiente para saber se o valor que está sendo repassado é justo ou não.

Apesar da reconhecida crise econômico-financeira que estamos passando, a Lei nº 13455/2017 se configura num retrocesso ao direito do consumidor, visto que, além de aumentar a vulnerabilidade do consumidor, ela retira do consumidor direitos que já vinham sendo garantidos tanto pelo CDC e pelas normas técnicas estabelecidas por órgãos de proteção ao consumidor, quanto pela jurisprudência consolidada do STF, que apesar de não vincular a atividade do legislador, se torna uma importante fonte de contribuição para o alcance de uma legislação que venha a respeitar a dignidade do consumidor.

Dessa forma, observa-se que a referida situação de crise financeira e a necessidade de implementação de medidas para sua superação não podem servir de fundamento para escusar o legislador à sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes da CF e do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

ALCARÁ, Marcos. **A Evolução do Direito do Consumidor.** Disponível em: <http://www.periodicosone.uems.br/index.php/RJDSJ/article/download/655/619> Acesso 30/06/2017

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor.** Saraiva. 4. ed. São Paulo, 2003.

_____. **A Proteção Jurídica do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor.** Barieri: Imprenta, Manole, 2006.

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

_____. **Manual de Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: RT, 2007.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Código Brasileiro de Direito do Consumidor.** Comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** São Paulo: Campus, 2004.

BRAGA, Felipe Peixoto Netto. **Manual de direito do consumidor:** à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Juspodivm, RT: 2009

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 de julho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). STJ, REsp 1610813/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, disponível em:

<http://www.stj.jus.br/.../jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2074%20-%20...acesso> acesso 25/06/2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). STJ. 3ª Turma. REsp 1.133.410/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/03/2010). Disponível <https://stj.jusbrasil.com.br/.../recurso-especial-resp...rs-2009.../inteiro-teor-14263742?> Acesso 27/05/2017

_____. Medida Provisória n. 764/2016. Dispõe sobre a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127887>. Acesso 20/07/2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. (STJ). STJ. 2ª Turma. REsp 1.479.039-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/10/2015). Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0571.rtf . Acesso 27/07/2017

_____. Tribunal de Justiça -TJ-DF - Apelação Cível APC 20140110105146 DF 0002536-24.2014.8.07.0001 (TJ-DF). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Bystander>. Acesso em: :29/07/2017

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A MP 764, QUE TRATA DE PREÇOS DIFERENCIADOS, DE ACORDO COM A FORMA DE PAGAMENTO Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/417311155/breves-comentarios-sobre-a-mp-764-que-trata-de-precos-diferenciados-de-acordo-com-a-forma-de-pagamento> Acesso 30/06/2017

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CINQUENTA E DOIS MILHÕES DE BRASILEIROS USAM O CARTÃO DE CRÉDITO COMO FORMA DE PAGAMENTO, DIZ SPC BRASIL Disponível em <https://www.spcrebrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/936>, acesso em 26/07/2017

CONSUMO DO CARTÃO DE CREDITO NA TERCEIRA IDADE. Disponível em <https://www.spcrebrasil.org.br/wpimprensa/wp-content/uploads/2016/11/An%C3%A1lise> Acesso em : 25/07/2017

IDECK. **Dicas e direitos, preço diferenciado no pagamento com cartão**. Disponível em: <http://www.ideck.org.br/consultas/dicas-e-direitos/preco-diferenciado-no-pagamento-com-cartao-pode>. Acesso 30/06/2017

IDOSOS SÃO CAMPEÕES NO USO DO CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO.

Disponível em <http://webterra.com.br/noticia/3713/idosos-sao-campeoes-no-uso-do-cartao-de-credito-e-debito>. Acesso 25/07/2017

DA PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS SOBRE A MEDIDA PROVISÓRIA 764/2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos-da-prevalencia-das-normas-consumeristas-sobre-a-medida-provisoria-764-2016> >. Acesso 25/07/2017.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor – 21 – série leituras jurídicas: provas e concursos**. São Paulo: Atlas, 2008.

É POSSÍVEL A COBRANÇA DE PREÇOS DIFERENCIADOS DE ACORDO COM A FORMA DE PAGAMENTO. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/23/e-possivel-a-cobranca-de-precos-diferenciados-de-acordo-com-a-forma-de-pagamento>. Acesso em: 20/07/2017

EFING, Antônio Carlos. Revisão contratual no CDC e no CC. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. **O Princípio da Proteção do Consumidor como Cláusula Pétreia**. Disponível em: <http://www.granbery.edu.br/artigos/Mjkw> 24/07/2017> Acesso em: 20/07/2017

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do Consumidor. Código Civil comentado e Jurisprudência**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

_____. **Direito do consumidor**. Código comentado e Jurisprudência. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. **A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil**. Porto Alegre: Ajuris, jul. 1995, v. 64, n. 34, p.55.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé como Modelo. **Revista Roma e America**. Modena, Mucchi, 2009.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense 2016
- _____. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 10. ed. rev. e atual. Imprenta: São Paulo, Saraiva, 2015
- _____. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- _____. **Curso de direito do consumidor**. 10. ed. rev. e atual. Imprenta: São Paulo, Saraiva, 2015
- _____. **Manual de Introdução ao Direito**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- NOTA TÉCNICA DPCD. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/103-2004-cartao-de-credito-cdl-rj-assinado-5.pdf>. Acesso: 02/07/2017
- O GLOBO. **Preço pode variar de acordo com a forma de pagamento**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/preco-podera-variар-de-acordo-com-forma-de-pagamento-20656201#ixzz4VSZum7xs> acesso 12/06/2017.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Método, 2014.
- REALE, Miguel. **Estrutura e espírito do novo Código Civil Brasileiro**. História do novo Código Civil. São Paulo: RT, 2005.

RD NEWS. OAB aponta prejuízos ao consumidor em preço diferenciado entre dinheiro e cartão. Disponível em: <<http://www.rednews.com.br/judiciario/oab-aponta-prejuizos-ao-consumidor-em-preco-diferenciado-entre-dinheiro-e-cartao/85860>>. Acesso: 12/07/2012.

SETENTA E DOIS POR CENTO DOS EMPRESÁRIOS DE VAREJO E SERVIÇOS ACEITAM CARTÕES DE CRÉDITO COMO MEIOS DE PAGAMENTO, MOSTRA SPC BRASIL E CNDL. Disponível em:
<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/2335>. Acesso 26/07/2017.

SIMÃO, Jose Fernando. Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Fábio Costa. Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversa do ônus da prova. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2006

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor. 3.ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO. Gustavo. Temas de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.