

**ABUSO DE DIREITO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA  
ANÁLISE DA COBRANÇA DIFERENCIADA DE PREÇOS À LUZ DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**LAW ABUSE AND THE CONSUMER PROTECTION CODE: AN INQUIRY OVER  
PRICE DISCREPANCY UNDER THE LIGHT OF THE SUPERIOR COURT OF  
JUSTICE**

**ESTEFÂNIA DE MARCHI ASSUNÇÃO DE JESUS**

Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Curitiba. Advogada em Curitiba-PR. Atuação nas áreas tributária, empresarial, cível e de cálculos judiciais. Endereço eletrônico para contato: [estefania@dda.adv.br](mailto:estefania@dda.adv.br).

**FERNANDA SCHAEFER**

Advogada em Curitiba-PR. Pós Doutora em Bioética pelo Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Bioética da PUC-PR. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil do curso de Direito da Faculdade Estácio de Curitiba. Professora de Direito Civil e Biodireito Unicuritiba. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-PR.

**RESUMO**

O presente trabalho realiza análise do atual entendimento da Corte Superior de Justiça no que diz respeito ao enquadramento, como prática abusiva, da diferenciação de preços para o pagamento em dinheiro em detrimento da retribuição financeira por meio de cartão de crédito. Para atingir tal finalidade, sintetiza a concepção utilizada quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.178.360/SP, em 05 de agosto de 2010, de inexistência de óbice legal quanto à distinção de preços, comparando-a com os fundamentos empregados no acórdão no Recurso Especial n.

1.479.039/MG, de 6 de outubro de 2015, pela caracterização de abuso de direito na prática de discriminação de valores. Com base nas cláusulas gerais da boa-fé e do enriquecimento sem causa, extraídas do tipo previsto pelo artigo 187 do Código Civil, procura-se avaliar a inexistência de taxatividade no rol de práticas abusivas elencado pelo artigo 39 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), para embasar a classificação da conduta de distinção de preços como prática abusiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abuso De Direito; Boa-Fé; Ilícitude Objetiva; Enriquecimento Ilícito; Prática Abusiva.

**ABSTRACT:**

This work brings about an examination over the Superior Court of Justice's contemporary comprehension concerning the labeling of price discrepancy under the abusive practice category for rewarding money payment over credit card financial retribution. To attain this purpose, it synthesizes the notion employed during the appeal n. 1.178.360/SP, October 5<sup>th</sup>, 2010, of lack of legal barrier regarding price disparity, in contrast with the subject matter discussed on trial n. 1.479.039/MG, October 6<sup>th</sup>, 2015, where the price distinction practice was classified as law abuse. Based on article 187 of the Civil Code's general clauses of good faith and unjust enrichment, it aims on evaluating the lack of thoroughgoingness of the abusive practices tabulation on article 39, Law n. 8.078/1990 (Consumer Protection Code), to establish the price differentiation conduct as an abusive practice.

**KEYWORDS:** Law Abuse; Good Faith; Objective Tort; Unjust Enrichment; Abusive Practice.

## INTRODUÇÃO

As normas jurídicas previstas pelo Código Civil brasileiro permitem a adoção, pelo jurista, de uma postura criadora, para transmutar, compor e modernizar o ordenamento jurídico, adequando-o ao contexto social vigente.

O Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a importância de munir o sistema jurídico com os instrumentos indispensáveis ao norteamento das condutas sociais, recentemente modificou o posicionamento adotado relativamente à prática comercial de diferenciação de preços, empregando entendimento orientado pelas cláusulas gerais da boa-fé e do enriquecimento sem causa.

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor apresenta rol que enumera as práticas abusivas contra o consumidor e sua natureza exemplificativa é amplamente aceita pela jurisprudência, autorizando exegese ampliativa para a inclusão de condutas não previstas expressamente pelo dispositivo, como é o caso da distinção de valores.

O reconhecimento das práticas abusivas reflete o instituto do abuso de direito, normatizado pelo artigo 187 do Código Civil, que estabelece a ilicitude da prática de ato que extrapole a delimitação imposta pela boa-fé, pelos bons costumes ou pela finalidade econômica e social da norma.

Assim, a boa-fé mencionada pelo dispositivo é avaliada em conjunto com os preceitos da finalidade e função social para consagrar a ilicitude objetiva, prescindindo da verificação dos aspectos psicológicos do agente, sendo suficiente a existência de ato jurídico cuja forma de exercício seja irregular por exceder as delimitações determinadas pelos preceitos citados na redação da hipótese legal. A reunião de tais parâmetros no artigo 187 do Código Civil possui a finalidade de proteger os balizamentos estabelecidos pelo ordenamento para preservar os direitos e interesses e todos os membros da comunidade.

O caráter genérico e impreciso deste enunciado permite a resolução de conflitos diversos, pois abrange uma multiplicidade de condutas e fatos sociais. Tal característica indica sua natureza de cláusula geral, cuja função é permitir a moldagem das normas de conteúdo rígido com um contexto social que sofre mudanças

constantes, conferindo aptidão ao ordenamento jurídico para compor os diversos conflitos de uma sociedade, evidenciando a relevância do tema abordado.

As cláusulas gerais do abuso de direito, da boa-fé e do enriquecimento sem causa, extraídas da redação do artigo 187 da legislação civil, nortearam o Superior Tribunal de Justiça quando da apreciação de recurso especial fundamentado em divergência jurisprudencial no que diz respeito à diferenciação de preços nas transações comerciais, possibilitando o enquadramento de tal conduta no rol de práticas abusivas previsto pelo artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, por expressar exigência de vantagem exorbitante e majoração do custo de produtos ou serviços sem justa causa, hipóteses vedadas pelos incisos V e X do mencionado dispositivo.

A inserção em ambiente cujas relações obrigacionais estão sujeitas a metamorfoses ininterruptas, especialmente devido ao constante aperfeiçoamento da tecnologia, demanda do intérprete da lei a expansão do seu conhecimento acerca das cláusulas gerais para aplicar as ferramentas disponibilizadas pelo sistema jurídico e solucionar embates sociais cambiantes, sendo essa a temática que se pretende desenvolver neste artigo.

## **2 SÍNTESE DA DECISÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL (AGRG NO RESP) N. 1.178.360/SP E DOS PRECEDENTES CITADOS NO JULGADO**

O Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.178.360/SP foi interposto pela União Federal em face de decisão lavrada pelo Ministro Humberto Martins que negou provimento ao recurso especial. O acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, recorrido pela via especial, havia julgado procedente o Mandado de Segurança impetrado por pessoa jurídica de Direito Privado diante de autuação por prática de diferenciação de preços para a venda de um mesmo produto.

O Tribunal *a quo* considerou lícita a prática mercantil de vender sob acréscimo aqueles produtos adquiridos por meio de cartão de crédito em razão do transcurso de

tempo até a efetiva remuneração do fornecedor de produtos ou serviços, em comparação às mercadorias vendidas pela modalidade de pagamento à vista.

Segundo o Desembargador, ao realizar uma compra mediante cartão de crédito, o adquirente é subordinado à sistemática que implica a ausência de dispêndio financeiro imediato e o posterior recebimento de informações acerca da transação realizada pela empresa administradora que, subseqüentemente, emitirá o boleto para recolhimento, com data de vencimento consecutiva.

Por isso, a desvalorização do valor da moeda decorrente do lapso temporal entre a transação efetivada e a remuneração do fornecedor justificaria o acréscimo de valor aos produtos vendidos pela sistemática de cartão de crédito, o que evidenciaria a ausência de ilicitude na conduta comercial.

Igualmente, a Primeira Seção da Corte Superior de Justiça adotou concepção que considera inexistente o abuso de poder econômico pelos fornecedores que concedem desconto nas vendas realizadas por meio de cheque ou dinheiro relativamente às efetivadas mediante cartão de crédito, em razão da ausência de lei proibidora da discriminação de preços. Assim, seria inaplicável a multa administrativa prevista pelo artigo 11, alínea *n*, da Lei Delegada n. 4 de 26 de setembro de 1962, que dispõe a respeito da intervenção da União no domínio econômico.

Para fundamentar a descaracterização de abuso de poder econômico, o Ministro Humberto Martins mencionou o Recurso Especial n. 827.120, relatado pelo Ministro Castro Meira, em 18 de maio de 2006. Em tal precedente, o relator afirmou que a cláusula normalmente existente no contrato firmado entre a empresa e a administradora de cartão de crédito, comprometendo a contratante a utilizar o mesmo preço das transações à vista, sujeita apenas as partes pactuantes, excluindo, destarte, a relação existente entre o fornecedor e o consumidor. Por conseguinte, fundamentando seu entendimento no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que consagra o princípio da legalidade, concluiu pela impossibilidade de multar o comerciante pela distinção de preços, ante a inexistência de norma coibidora.

Em seus votos, os Ministros Humberto Martins e Castro Meira citaram ainda, como precedente, o julgado no Recurso Especial n. 229.586, de 16 de dezembro de 1999, no qual o Ministro Garcia Vieira entende que, como o comerciante só receberá da administradora de cartão do crédito o valor do produto após 30 (trinta) dias de sua

vazão, não é considerada venda à vista e por isso não há obrigação de manter o mesmo valor da transação imediata.

Portanto, para o Ministro Garcia Vieira, a Lei n. 8.178, de 1º de março de 1991, que estipula regras sobre preços e salários e dá outras providências, seria inaplicável, pois seu artigo 1º, §1º, que determina autorização expressa do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento para majoração dos preços de bens e serviços, menciona apenas os preços fixados para pagamento imediato em moeda corrente.

O citado Ministro afirma também que, com base no artigo 174 da Constituição Federal, por decorrência do princípio da livre concorrência e pela inexistência de abuso do poder econômico, não há que se falar em intervenção do Estado nas relações comerciais.

Assim sendo, o Ministro Garcia Vieira decidiu pela manutenção da decisão objeto do Recurso Especial n. 229.586, que concluiu pela ilegitimidade da autuação da pessoa jurídica pela prática de diferenciação de preço para vendas mediante cartão de crédito, ante a impossibilidade de expandir o caráter legislativo da atividade administrativa, em razão da vedação contida no inciso II do artigo 5º, da Constituição Federal.

Com base em tais precedentes, o posicionamento adotado no julgamento do AgRg no REsp n. 1.178.360/SP foi consubstanciado na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO – MULTA – SUNAB – AFRONTA AO ART. 11, ALÍNEA "N", DA LEI DELEGADA N. 4, DE 26.9.1962 – SÚMULA 83/STJ. Discute-se no recurso especial se é possível a diferenciação dos preços para vendas à vista e a prazo no cartão de crédito, e se a SUNAB, fundamentada na Lei Delegada n. 04/62, art. 11, "n", pode multar a empresa agravada, por prática abusiva. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte, firmou-se no sentido de que a simples oferta de desconto nas vendas feitas com dinheiro ou cheque, em relação às efetuadas por meio de cartão de crédito, não encontra óbice legal, pela inexistência de lei que proíba essa diferenciação, e por não caracterizar abuso de poder econômico. Agravo regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.178.360/SP. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgamento em 05/08/2010, DJe 19/08/2010)

Como visto, a fundamentação principal dos julgados analisados pode ser essencialmente resumida pela adoção dos princípios da legalidade e da livre iniciativa privada. Sendo certo que, conforme define Hans Kelsen (1987, p.11) “qualquer

conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada”, os valores atualmente operantes na ordem social podem apontar a insuficiência dos preceitos empregados em tais decisões ao realizar o juízo de valoração do comportamento consistente na discriminação de preços para transações efetuadas mediante cartão de crédito.

Ainda consoante o raciocínio de Kelsen (1987, p. 25), somente quando determinada atitude humana corresponde ao fim enunciado pela norma é que será apta a gerar o resultado da finalidade constituída pela legislação. Por isso, para analisar a adequação da prática mercantil em questão ao propósito normativamente atribuído ao ato de oferecer produtos ou serviços, serão investigadas as disposições constantes no diploma legal que disciplina as relações comerciais entre consumidores e fornecedores.

### **3 PRÁTICAS ABUSIVAS CONTRA O CONSUMIDOR**

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), dispõe acerca da defesa do consumidor e outras medidas, elencando em seu artigo 39, as práticas consideradas abusivas contra o consumidor, nos seguintes termos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

- I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
- II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
- III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;
- IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
- V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
- VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

- VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;
- VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);
- IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;
- X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.
- XI - Dispositivo incluído pela MPV n. 1.890-67, de 22/10/1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei n. 9.870, de 23/11/1999.
- XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.
- XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Em sua redação original, o inciso X do artigo supracitado previa a vedação de prática, pelo fornecedor de “outras condutas abusivas”. No entanto, tal formulação foi vetada pela Mensagem n. 664 de 11 de setembro de 1990, sob o fundamento da impossibilidade de formulação de norma supostamente obscura e imprecisa, especialmente em razão do caráter penal do dispositivo, que não permitiria aos jurisdicionados a prognose e a mensuração dos efeitos de suas condutas e violaria o preceito do Estado de Direito, previsto pelo artigo 1º da Constituição Federal.

No entanto, é importante ressaltar que a rejeição do texto inicial não implica a taxatividade da relação das práticas abusivas previstas pelos demais incisos do artigo 39 da Lei n. 8.078/1990, pois o *caput* do dispositivo expressamente declara a natureza exemplificativa do rol em questão, por meio da expressão “dentre outras práticas abusivas”, permitindo interpretação extensiva de forma a incluir outras condutas que não estejam previstas.

Tanto é que, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.243.887/PR, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em 19 de outubro de 2011, sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil em razão da quantidade elevada de recursos fundamentados em tema de direito idêntico, a Corte Superior consolidou posicionamento que considera que o rol do citado dispositivo legal não possui natureza exauriente.



O mencionado Recurso Especial foi interposto por instituição financeira contra acórdão que desproveu seu agravo de instrumento interposto em face de decisão que havia rejeitado sua impugnação ao cumprimento individual de sentença proferida em Ação Civil Pública. Uma das questões controvertidas dizia respeito ao foro competente para o ajuizamento da liquidação do título executivo judicial, entendendo o recorrente que a proposição deveria ocorrer apenas perante o juízo que proferiu a decisão, o que tornaria incompetente o foro do domicílio do exequente.

Tal argumento baseou-se na tese de que o veto presidencial ao parágrafo único do artigo 97 da Lei n. 8.078/1990, que previa originalmente a competência do foro do domicílio do liquidante para a promoção da liquidação, estabeleceria a competência para o cumprimento individual da sentença proferida em ação coletiva unicamente junto ao juízo prolator do *decisum* originário do título executivo.

O Ministro Relator, ao discordar das alegações da instituição financeira recorrente, utilizou como exemplo analógico o veto ao inciso X do artigo 39 da legislação consumeirista, cuja interpretação deve ser realizada de forma a classificar tal dispositivo como *numerus apertus*, ou seja, sem taxatividade. Segundo o Ministro Salomão, o veto do modelo extensivo do citado inciso demonstraria apenas a aspiração histórica do legislador, ou seja, sua intenção fixada no passado e seria insuficiente para abranger a finalidade e o dinamismo do diploma legal em questão. Em sua opinião, é necessária uma avaliação teleológica dessa codificação, que somente será possível mediante a utilização de hermenêutica que inclua o contexto social atual implícito ao ordenamento jurídico.

O Ministro Relator afirmou que a norma sob interpretação está em constante metamorfose e, para concretizar a compreensão de sua substância perante a coletividade, deve prevalecer o espírito da lei (*mens legis*), ao invés da vontade do legislador (*mens legislatoris*), obtida limitadamente por meio da apreciação das razões do veto. De acordo com tal concepção, a exegese que mantém coerência com a *mens legis* do Código de Defesa do Consumidor é, necessariamente, aquela que abrange a análise dos preceitos reguladores da Política Nacional das Relações de Consumo, previstos pelo seu artigo 4º, cujo inciso I determina a identificação da vulnerabilidade do consumidor perante os fornecedores.

Conseqüentemente, o Ministro Relator concluiu que o preceito da facilitação da defesa do consumidor em juízo, previsto pelo inciso VIII do artigo 6º da legislação consumerista, decorre imediatamente do reconhecimento de sua fragilidade perante o mercado de consumo. Dessa maneira, o entendimento defendido pela instituição financeira no REsp n. 1.243.887/PR, no sentido da prevenção do juízo que examinou o mérito da demanda coletiva para processar e julgar o cumprimento individual do título judicial, afronta o espírito da própria Lei n. 8.078/1990, pois se a parte mais frágil na relação de consumo tivesse que se dirigir até a comarca na qual foi pronunciada a decisão na demanda coletiva, sua tutela perante o Poder Judiciário seria entravada ou até mesmo inteiramente impossibilitada.

Em outro exemplo jurisprudencial, o Ministro Sidnei Beneti, Relator no julgamento do Recurso Especial n. 1.342.899/RS, em 20 de agosto de 2013, interposto por fabricante de veículos contra acórdão que reformou parcialmente a sentença de improcedência da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público sob o fundamento de propaganda enganosa, adotou interpretação extensiva do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor para admitir como abusiva uma prática comercial não elencada em seus incisos.

O entendimento empregado baseou-se no princípio da boa-fé para justificar a exegese ampliativa, consoante é possível verificar pelos seguintes trechos da ementa:

[...]

3.- Embora lícito ao fabricante de veículos antecipar o lançamento de um modelo meses antes da virada do ano, prática usual no país, constitui prática comercial abusiva e propaganda enganosa e não de "reestilização" lícita, lançar e comercializar veículo no ano como sendo modelo do ano seguinte e, depois, adquiridos esses modelos pelos consumidores, paralisar a fabricação desse modelo e lançar outro, com novos detalhes, no mesmo ano, como modelo do ano seguinte, nem mesmo comercializando mais o anterior em aludido ano seguinte. Caso em que o fabricante, após divulgar e passar a comercializar o automóvel "Pálio Fire Ano 2006 Modelo 2007", vendido apenas em 2006, simplesmente lançou outro automóvel "Pálio Fire Modelo 2007", com alteração de vários itens, o que leva a concluir haver ela oferecido em 2006 um modelo 2007 que não viria a ser produzido em 2007, ferindo a fundada expectativa de consumo de seus adquirentes em terem, no ano de 2007, um veículo do ano.

(...)

5.- Daí a necessidade de que as informações sobre o produto sejam prestadas ao consumidor, antes e durante a contratação, de forma clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas e assegurar o equilíbrio da relação entre os contratantes, sendo de se salientar que um

dos principais aspectos da boa-fé objetiva é seu efeito vinculante em relação à oferta e à publicidade que se veicula, de modo a proteger a legítima expectativa criada pela informação, quanto ao fornecimento de produtos ou serviços.

(...)

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.342.899/RS. Relator Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgamento em 20/08/2013) (grifo nosso)

Em seu voto-vista, o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, apesar de afirmar especificamente que “o Código de Defesa do Consumidor elenca, em rol exemplificativo, no seu artigo 39, doze práticas comerciais consideradas abusivas (...) (grifo nosso)”, divergiu do voto do Relator, adotando entendimento pela inexistência de abusividade na conduta do fornecedor. No entanto, seu posicionamento baseou-se na ausência de dano ao consumidor e não em eventual taxatividade do artigo 39 da legislação consumeirista: “assim, não é possível identificar nenhum prejuízo material ou moral ao consumidor, que recebeu o veículo efetivamente anunciado, despendendo preço compatível com o bem adquirido”.

Por decorrência, mesmo que não haja previsão literal nos incisos do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor incluindo a prática de discriminação de preços para transações efetuadas com cartão de crédito como abusiva, como o veto ao inciso X do citado dispositivo demonstra apenas a *mens legislatoris* no ano de 1990, é possível interpretação ampliativa das hipóteses elencadas de modo a classificar como abusiva a prática comercial de diferenciação de valores, conforme se demonstrará adiante neste trabalho.

#### **4 ABUSO DE DIREITO**

O ato abusivo é previsto no Título III do Código Civil, que regulamenta os denominados atos ilícitos. Conforme o artigo 187 deste diploma legal, o possuidor de um direito pode praticar ato ilícito se forem extrapolados “os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Pontes de Miranda (1970, p. 202-204 e 213) classifica os atos ilícitos como condutas culposas ou negligentes contrárias ao ordenamento jurídico, que violem um

direito subjetivo (bem da vida) ou gerem prejuízo a terceiro. A responsabilidade pela conduta ilícita praticada pode ser atribuída tanto para atos positivos quanto para omissivos. Assim, quando houver intenção de prejudicar o direito alheio, o núcleo da ilegalidade será doloso e no caso de ação ou omissão decorrente de imprudência, negligência ou imperícia, a estrutura do ato será culposa.

Marcel Planiol (1902 *apud* MIRAGEM, 2013), apesar de reconhecer a indispensabilidade de penalização dos atos abusivos, afirma a ocorrência de antinomia na identificação entre o instituto jurídico do abuso de direito e do ato ilícito, pois só pode ocorrer abuso se houver previamente um direito admitido pelo ordenamento jurídico, enquanto que a noção de ato ilícito significa contrariedade à legislação.

Acerca desta dita contradição, Pontes de Miranda (1970, p. 291-292) esclarece que mesmo diante da tese do exercício absoluto do direito, expressa pelo aforismo romano *qui iure suo utitur neminem laedit* (quem exerce seu direito, não pode lesar ninguém), é preciso considerar sua antítese, segundo a qual *summum ius summa iniuria* (o excesso de um direito resulta em injustiça), implicando a inexistência de direito absoluto.

De acordo com o citado autor, a regularidade no exercício de um direito é verificada na esfera de efetividade dos fatos jurídicos, compostos pelos elementos do mundo dos fatos que foram eleitos pelo Direito para fins de regulamentação (PONTES DE MIRANDA 1970, p. 183). Nesse campo ocorre o surgimento de direitos e deveres. Assim, Pontes de Miranda esclarece que o abuso de direito é espécie de ato ilícito em razão da redação do inciso I do artigo 160 de Código Civil de 1916, cujos termos foram replicados no inciso I do artigo 188 da codificação atual, que constitui 'regra jurídica de inclusão' mediante 'enunciado pré-excludente da contrariedade a direito' (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 291). Ou seja, de acordo com a citada legislação civil, a *contrario sensu*, qualquer categoria de poder jurídico individual deve ser exercida regularmente, sob pena de constituir ato ilícito.

Ainda, consoante explica Bruno Miragem (2013), a impossibilidade de identificação entre o ato ilícito e o abuso de direito implicaria classificar o último como espécie jurídica autônoma, sem regulamentação expressa no ordenamento jurídico e carente de menção pela herança histórica jurídica nacional, gerando obstáculo na

definição de sua invalidade ou ineficácia ou até mesmo na atribuição da obrigação de indenização pelos seus efeitos danosos. Trata-se, dessa forma, o abuso de direito como categoria específica de ato ilícito, cuja definição implica a ocorrência de irregularidade ou exorbitância das limitações estabelecidas pela legislação, pela moral, boa-fé ou pelos bons costumes.

O artigo 187 da legislação civil traduz a noção de que os direitos subjetivos são, necessariamente, derivados da ordem jurídica e, conseqüentemente, considerando a coesão implícita do complexo jurídico normativo, devem apresentar congruência com as premissas e os balizamentos previstos pelo ordenamento ou decorrentes de sua exegese jurisprudencial e doutrinária (MIRAGEM, 2013).

#### 4.1 CATEGORIAS DO PODER JURÍDICO INDIVIDUAL

O artigo 187 do Código Civil menciona que o ato ilícito também pode ser praticado pelo titular de um direito. Para especificar a amplitude da ordem normativa contida no citado dispositivo, é possível distinguir entre três diferentes categorias do poder jurídico individual: direito subjetivo, situação jurídica e posição jurídica.

O direito subjetivo é o poder designado ao indivíduo por preceito jurídico que o autoriza tanto ter atitude geradora de repercussão jurídica, quanto a almejar ou reivindicar conduta alheia implicativa de ação ou omissão (MIRAGEM, 2013). Conforme ressalva de Carlos Alberto Mota Pinto (1996 *apud* MIRAGEM, 2013), a existência de direito subjetivo é vinculada à efetivação da vontade do seu titular, distinguindo-se dos denominados poderes-deveres, dos quais é exemplo o poder familiar, ou dos poderes funcionais, exemplificados pelo poder de tutela.

De acordo com essa classificação doutrinária, é possível diferenciar duas espécies de direito subjetivo: direito subjetivo propriamente dito e direito potestativo. O primeiro compreende uma relação na qual um dos sujeitos possui uma obrigação jurídica de execução ou abstenção de conduta, dependendo da requisição ou desejo daquele que possui o direito subjetivo propriamente dito e que, em caso de necessidade, poderá optar por recorrer às autoridades competentes para exigir a concretização de sua prerrogativa ou o emprego das sanções pertinentes. Ou seja,

essa espécie de direito necessita da cooperação do outro sujeito que compõe a relação (MIRAGEM, 2013).

O direito de crédito é um dos exemplos de direito subjetivo propriamente dito existente nas relações de consumo, observado nas denominadas vendas a prazo. Nas transações intituladas à vista, a liquidação se faz no ato do próprio negócio, na exibição da fatura ou na transmissão da mercadoria. Na prática comercial qualificada como venda a prazo, o fornecedor oferece ao consumidor a possibilidade de quitação do preço da operação em momento futuro ou por meio de prestações. Assim, o fornecedor será titular de poder jurídico que o autoriza a demandar do consumidor a satisfação do montante devido pela obrigação contratada.

Já o direito potestativo, que também é passível de composição por um título executivo judicial, gera efeitos jurídicos mediante sua mera realização no mundo fático, mesmo na ausência de cooperação da parte contrária, que ocupa posição de sujeição (MIRAGEM, 2013). Nas relações de consumo, um dos exemplos desta categoria de poder jurídico é o direito potestativo de desistência, previsto pelo artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Sua aplicabilidade restringe-se aos pactos firmados em local diverso do estabelecimento comercial, como nos casos de transações realizadas por telefone ou a domicílio, autorizando que o consumidor desista do acordo convencionado no prazo de sete dias, com termo inicial na data da assinatura ou do ato de recebimento da mercadoria ou do serviço acordado.

Acerca da teoria da situação jurídica, primeiramente é preciso considerar que a terminologia “situação” implica a “*existência de um fato* de ordem material, de que se extrai a posição, o estado ou a condição de ser das coisas ou das pessoas” (SILVA, 2003, p. 1308, grifo do autor). Assim, conforme explica Torquato Castro (1985 *apud* MIRAGEM, 2013), a situação jurídica decorre de certo acontecimento prático, ou seja, no mundo dos fatos, onde os sujeitos envolvidos são encarados em comparação a um objeto específico em relação ao qual ocupam determinadas posições, cujo alcance é conferido pelas normas. Tal conjuntura materializa mandamentos de direito objetivo que possibilitam a identificação de quais são os direitos subjetivos e poderes dos integrantes da situação específica. Ou seja, a natureza do poder jurídico exercido relativamente ao objeto é a base da concepção dessa teoria, o que permite a distinção entre situações jurídicas uniposicionais ou relacionais.

Conforme esclarece Castro (1985 *apud* MIRAGEM, 2013), quando o objeto sob análise for um direito real, a posição jurídica será efetivada pelo seu titular sem depender dos outros participantes, tal qual ocorre mediante o emprego de direitos potestativos, caracterizando a situação uniposicional. O *caput* do artigo 18 da legislação consumerista estabelece a responsabilidade do fornecedor de responder pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornem seus produtos impróprios ou inadequados à finalidade que se destinam, que lhes reduzam a valia ou que decorram de discrepância com as designações do recipiente, da embalagem ou divulgação publicitária. Caso o vício não seja reparado em trinta dias, o consumidor terá o direito de exigir a substituição do produto, a devolução do montante pago ou o abatimento proporcional do valor, ocupando, em relação ao objeto, posição que recebe da norma um direito potestativo e que, caso empregado, evidenciará a situação uniposicional.

Por exclusão, quando o exercício de uma posição jurídica depender do envolvimento do outro integrante, estaremos diante de situação relacional. Em se tratando das relações de consumo, são todos os casos nos quais o consumidor adota a posição de obrigação de quitar o preço pelo produto ou serviço adquirido e o fornecedor ocupa a posição de exigir a prestação.

Com base nos conceitos dessa teoria, Paul Roubier (1963 *apud* MIRAGEM, 2013) elucida que são enfatizados os efeitos gerados pelas situações jurídicas para possibilitar a identificação do comportamento dos indivíduos perante o conjunto de normas jurídicas, independente da noção de direito subjetivo. Por decorrência, as condutas identificadas permitirão a diferenciação das situações jurídicas subjetivas, nas quais os efeitos originados são subordinados à presença do arbítrio do titular; e das situações jurídicas objetivas, nas quais os efeitos decorrem diretamente da norma.

A partir de tais considerações, é possível concluir que qualquer prerrogativa individual pode ser exercida de forma abusiva e resultar em ato ilícito quando extrapolar a finalidade que lhe foi designada pela legislação ou ultrapassar os limites advindos da moral, boa-fé e dos bons costumes.

Enquanto um direito subjetivo pode ser exercido abusivamente quando excede os balizamentos estabelecidos pelo conjunto de normas; o exercício do poder ou posição jurídica é abusivo quando extrapola a correspondência outorgada pela norma a certa situação no mundo dos fatos.

Dessa forma, para detectar a existência de exercício abusivo, faz-se necessário verificar os parâmetros estabelecidos pelo tipo civil, decorrentes de assimilação do propósito das condutas típicas concretas realizáveis e de sua sujeição a uma esfera valorativa, resultando numa ordem proibitiva ou permissiva (DINIZ, 2002, p.76).

#### 4.2 IDENTIFICAÇÃO DO EXERCÍCIO ABUSIVO DE DIREITO CONFORME O CÓDIGO CIVIL

Segundo Judith Martins-Costa (2008, p. 49.), o tipo previsto pelo artigo 187, do Código Civil, é baseado principalmente pelo (a) fim econômico ou social do direito e (b) pela boa-fé objetiva, constituindo seus dois núcleos fundamentais, pois a verificação dos bons costumes em cada situação concreta sempre depende da análise concomitante das demais cláusulas gerais. Ainda, a definição do fim econômico ou social compreende tanto a avaliação da razão de ser da norma, ou seja, sua finalidade, quanto sua função social, definindo três cláusulas gerais para fins de interpretação: (1) finalidade, (2) função social e (3) boa-fé. Segundo Enneccerus, Kipp e Wolff (1953 *apud* SANTOS, 2009, p. 37), tais preceitos interpretativos definem o espaço de liberalidade para o exercício das prerrogativas individuais.

Conforme ensina Alberto Trabucchi (2007 *apud* SANTOS, 2009, p. 37), a finalidade do Direito é possibilitar a convivência harmônica de arbítrios e liberdades, proporcionando equilíbrio social, pois a existência de uma sociedade depende de normatividade que a possibilite.

Em conjunto à finalidade geral de viabilização da proteção da liberdade de cada indivíduo, toda norma existente possui finalidade específica. Essa razão de ser característica é verificada em casos concretos quando da apreciação do exercício de direito subjetivo, situação e posição jurídica consoante a finalidade econômica ou social estabelecida pela norma (SANTOS, 2009, p. 38).

Relativamente à função social, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007 *apud* SANTOS, 2009, p. 46), considerando a atual existência de sujeitos em comunidade, o que necessariamente envolve impasses econômicos e sociais, apresenta o conceito de pessoa humana em substituição à noção de indivíduo,



implicando a rejeição ao individualismo. Dessa forma, a função social instrumentaliza o ajustamento, aos relacionamentos intersubjetivos, dos valores coletivos.

Apreciando as relações contratuais e obrigacionais, tal aspiração é prevista pelo artigo 421 do Código Civil ao determinar que a liberdade de contratação é limitada pela função social do contrato. Teresa Negreiros (2006 *apud* SANTOS, 2009, p. 47) ensina que deste ideal decorre o interesse social de intervenção em certas relações obrigacionais privadas, cuja natureza deixou de envolver apenas as partes contratantes para abranger as circunstâncias sociais nas quais estão envolvidas e que por elas são influenciadas.

A boa-fé contemplada pelo Código Civil pode ser tanto subjetiva quanto objetiva. A primeira, quando relacionada aos direitos reais, possui a função de abrigar aquela parte da relação que desconhece a existência de vício existente em sua posse, por exemplo, ou que impossibilitaria o casamento; quando examinada no direito obrigacional, protege o denominado terceiro de boa-fé, que ignora o defeito que vicia o negócio jurídico ou o vínculo obrigacional.

A boa-fé objetiva, ao contrário, não diz respeito a um estado de consciência ou crença e sim ao dever de conservar comportamento íntegro, transparente e amparado na lealdade. Sendo um instituto cujo conceito é aberto e vago por natureza, sua definição sempre é construída de acordo com o contexto fático no qual se encontra (SANTOS, 2009, p. 49).

A boa-fé mencionada pelo artigo 187 do Código Civil, consoante Judith Martins-Costa (2008, p. 399), é analisada conjuntamente aos preceitos da finalidade e função social, conforme o propósito genérico da ordem jurídica de proporcionar a convivência harmônica das liberdades e aos valores coletivos que entremeiam o ordenamento, implicando em limitação ao exercício dos direitos subjetivos e posições jurídicas.

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2007 *apud* SANTOS, 2009, p. 62) esclarece que, balizado pela boa-fé, dependendo do contexto no qual está situado perante o sistema jurídico, qualquer poder, faculdade ou direito potestativo pode ser exercitado de forma irregular. Por isso, Renan Lotufo (2004, p. 501) explica que a ilicitude consagrada pelo artigo 187 do Código Civil reside na forma de exercício dos direitos subjetivos ou posições jurídicas, ou seja, no *modus operandi*, e não no direito ou exercício propriamente ditos.

Em se tratando da forma de exercício de prerrogativa, ou melhor, da exteriorização de certa conduta, a boa-fé prevista pelo artigo 187 do Código Civil é classificada como objetiva, traduzindo-se como regra de lealdade comportamental para vedar a disfuncionalidade formal do exercício, independentemente dos aspectos psicológicos (internos) do agente (SANTOS, 2009, p. 63-64).

Ademais, o artigo 927 do Código Civil estabelece que o dano causado por prática de ato ilícito resulta no dever de indenização pelos prejuízos decorrentes. O parágrafo único desse dispositivo especifica que a obrigação de reparação existe independentemente da existência de culpa, nas hipóteses legais específicas, como é o caso da cláusula geral do artigo 187, do Código Civil, cujo tipo estabelece os limites para a regularidade do exercício de direito subjetivo. Dessa forma, a finalidade econômica ou social da norma, a boa-fé e os bons costumes possuem eficácia negativa, pois ao estabelecerem os limites ao exercício do direito subjetivo, originam a proibição do exercício abusivo.

A reunião de tais preceitos no artigo 187, do Código Civil, representa um padrão estabelecido pela norma para verificar a regularidade do exercício de direitos. Sua finalidade consiste em proteger os balizamentos fixados pelo ordenamento para a preservação dos direitos e interesses de toda a comunidade. Ademais, segundo o Enunciado n. 37, aprovado na Jornada de Direito Civil I, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Judiciários (CEJ), que dispõe acerca da interpretação do artigo 187 da legislação civil, estabelece que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Dessa forma, a ilicitude atribuída ao ato abusivo possui conteúdo objetivo, ou seja, verificada a exorbitância à delimitação estabelecida pela boa-fé, pelos bons costumes ou pela finalidade social ou econômica estabelecida pela norma, mesmo inexistindo dano e independentemente da caracterização de dolo ou culpa, o ato será considerado ilícito.

## 5 O ATO ABUSIVO E O DIREITO DO CONSUMIDOR – CONCEPÇÃO ATUAL DA CORTE SUPERIOR

A elaboração do Código Civil resultou da modernização do método legislativo por meio da adoção das denominadas cláusulas gerais, componentes que permitem a mobilidade da codificação, bem como a integração e a organização do sistema.

Como visto, o artigo 187, do Código Civil, estabelece três critérios para verificar a regularidade do exercício de um direito: (a) fim econômico ou social, (b) boa-fé e (c) bons costumes. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Junior (*apud* ANDRADE NERY; NERY JUNIOR, 2003, p. 255), os quatro preceitos primordiais que dirigem todo o sistema do Direito Obrigacional estão englobados nesse dispositivo: (a) o abuso de direito, (b) o fim social, (c) a boa-fé e (d) os bons costumes.

Dessa forma, para fins de interpretação, é possível identificar as cláusulas gerais que originarão direitos e obrigações no sistema civilista. Sua natureza genérica e imprecisa possibilita a resolução de múltiplos conflitos por meio da justaposição entre a rigidez normativa e a dinamicidade das relações, pois seu conteúdo cinge condutas e/ou fatos sociais diversificados.

Alberto Gosson Jorge Junior (2004, p. 2) elucida que as cláusulas gerais são hipóteses legais cujo enunciado descreve a afronta ao direito e o fato danoso, sem a especificação do bem lesado, abrangendo, assim, uma amplitude de bens jurídicos sujeitos à violação. A aplicação desta técnica legislativa permite tanto a utilização de conceitos compostos por vocábulos de significado indeterminado (conceitos jurídicos indeterminados) quanto a assimilação de valores ao ordenamento, mesmo que não estejam previstos expressamente pela legislação (JORGE JUNIOR, 2004, p. 40).

Do artigo 187 da legislação civil é possível extrair as cláusulas gerais da boa-fé e do enriquecimento sem causa, que nortearam o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.479.039/MG, datado de 6 de outubro de 2015, interposto pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte – CDL/BH, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que manteve a denegação da segurança nos autos do Mandado de Segurança Coletivo Preventivo impetrado contra ato do Secretário Executivo do Instituto de Defesa do Consumidor de Minas Gerais – PROCON ESTADUAL.

O remédio constitucional baseou-se em suposta ilegalidade na autuação ou aplicação de penalidade aos associados da CDL/BH por não concederem, às transações realizadas com cartão de crédito, os descontos oferecidos em operações comerciais consumadas em cheque ou dinheiro. A impetrante alegou, em suma, violação à livre iniciativa econômica, ilegalidade da fiscalização estatal executada perante a atividade privada, inexistência de previsão legal que obrigue o comerciante a oferecer os mesmos preços de vendas à vista para aquelas realizadas com cartões de crédito, ausência de abuso de poder econômico, que a venda realizada com cartão de crédito não caracteriza modalidade de pagamento à vista e ilegalidade da Portaria n. 118 de 11 de março de 1994, cujo inciso I do parágrafo único do artigo 1º proíbe expressamente a diferenciação de preços “entre transações efetuadas com o uso do cartão de crédito e as que são em cheque ou dinheiro”.

O acórdão recorrido pela via especial foi relatado pelo Desembargador Elias Camilo, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, oportunidade na qual a prática de cobrança de valores distintos pela mesma mercadoria foi enquadrada no inciso V do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe a exigência de vantagem evidentemente excessiva, e no inciso IV do artigo 51 do mesmo diploma legal, que estabelece a nulidade das cláusulas que fixem obrigações abusivas, que situem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam contrárias à boa-fé ou equidade.

Ao negar provimento ao recurso especial interposto contra tal decisão, o Ministro Humberto Martins citou, como exemplo do amadurecimento das perspectivas adotadas pela Corte, o Recurso Especial n. 1.133.410/RS, relatado pelo Ministro Massami Uyeda, em 16 de março de 2010.

Em tal precedente, foi identificada a existência de três relações jurídicas compreendidas nas transações mediante cartão de crédito: (1) entre a instituição financeira emissora do cartão e o titular do mesmo, que se compromete a pagar àquela as taxas de administração, eventuais juros advindos de parcelamento da fatura, em razão do crédito concedido e em virtude da responsabilidade pelo adimplemento da compra perante o estabelecimento comercial; (2) entre a companhia que emite e possivelmente administra o cartão de crédito e o fornecedor de produtos ou serviços credenciado, na qual o estabelecimento concede um percentual das vendas

efetivadas à administradora, que se responsabiliza pelo risco do crédito e fraudes contingentes; e, (3) entre o consumidor e o estabelecimento comercial, que agrega valor à sua empresa por meio da disponibilização de pagamento por cartão de crédito, já que tal possibilidade atrai mais clientes e, por decorrência, aumenta seus rendimentos.

O Ministro Massami Uyeda esclareceu que, como a administradora assume a responsabilidade pela transação efetuada, é instantaneamente esgotada a relação entre o consumidor perante o fornecedor, caracterizando modalidade de pagamento à vista e *pro soluto*, ou seja, que torna extinta a obrigação. O recebimento posterior do valor pelo estabelecimento comercial diz respeito à sua relação com a empresa emissora do cartão e não interfere na natureza do pagamento realizado pelo consumidor.

Ainda segundo o citado Ministro, o custo decorrente do fornecimento dessa modalidade de pagamento é intrínseco à atividade exercida pelos comerciantes, que devem arcar com tal ônus sem dividi-lo com o consumidor, pois tal despesa não possui relação com o preço final de venda dos produtos.

O Ministro Massami Uyeda destacou que o fornecedor possui o direito de optar pela forma de pagamento que lhe for mais eficaz e não é obrigado a oferecer a possibilidade de utilização de cartão de crédito. Considerando que o consumidor assume a obrigação de pagar à administradora a taxa pela utilização do serviço, será duplamente onerado se o estabelecimento comercial lhe transferir os custos decorrentes da concessão de pagamento por cartão de crédito. Tal *bis in idem* evidencia a abusividade em tal prática, enquadrando-a no inciso X do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, que veda a elevação de preços sem justa causa e no mesmo inciso do artigo 51 da legislação consumerista, que prevê a nulidade de cláusula que autorizem o fornecedor, direta ou indiretamente, a alteração do preço de forma unilateral.

Os fundamentos antes expostos foram adotados também pelo Ministro Humberto Martins, Relator do Recurso Especial n. 1.479.039/MG, para classificar como prática abusiva a conduta de discriminação entre pagamentos em dinheiro, cartão de crédito ou cheque, enquadrando-a nos incisos V e X do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, que preveem, respectivamente, a vedação em exigir do

consumidor vantagem nitidamente exorbitante e em majorar sem justa causa o custo de produtos ou serviços.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da evidente configuração mutável da sociedade, a exegese baseada meramente na rigidez dos termos ou da estrutura de determinado conjunto de regras pode afastar a ciência jurídica dos fenômenos sociais e impossibilitar o fornecimento de soluções eficazes e satisfatórias para a sociedade.

A presença das cláusulas gerais no Código Civil em vigor representa a superação da percepção individualista do final do século XIX e começo do século XX, que remete à teoria contratual clássica fundamentada na filosofia Iluminista do Código Francês de 1804 e adotada pelo Código Civil nacional de 1916.

Naquele período, o contrato podia ser estampado pelos seguintes preceitos básicos: (a) *pacta sunt servanda*, que estabelece a força de lei do contrato entre os pactuantes; (b) autonomia privada, que se reflete na liberdade contratual desde que observados os requisitos de agente capaz, objeto lícito e forma não defesa em lei, estabelecidos pela legislação civil; (c) relatividade dos contratos, implicando que acordos particulares vinculam apenas os contratantes, exceto nas hipóteses previstas em lei; e (d) igualdade, pressupondo que as convenções são firmadas pelos contratantes em condições de paridade plena (JORGE JUNIOR, 2004, p. 91).

A diversidade característica das relações econômico-sociais numa sociedade de consumo demandou a adequação do perfil exposto pela legislação civil por meio da mitigação da autonomia privada decorrente da inserção da cláusula geral do abuso de direito, que repudia o exercício indiscriminado de qualquer poder ou posição jurídica que exceda a dimensão de liberdade concedida pelo ordenamento jurídico.

Ainda, considerando especialmente a situação de vulnerabilidade dos consumidores, que detêm menos informação e poder econômico reduzido em comparação aos fornecedores, bem como a proliferação dos denominados contratos por adesão, positivados no Código de Defesa do Consumidor, não é mais possível presumir que os acordos particulares sejam sempre firmados em igualdade de

condições, mediante ampla liberdade contratual. Ao contrário, os fatos sociais apontaram que os pressupostos do liberalismo econômico geraram grave desequilíbrio nos vínculos negociais formados, pois as consequências decorrentes das expressões contratuais se mostraram, muitas vezes, indesejadas pela parte e os efeitos dos pactos firmados nem sempre se restringem unicamente às partes contratantes.

Nesse contexto, a inserção da cláusula geral do abuso de direito no Código Civil amplia o espectro de instrumentos disponíveis ao aplicador do Direito na busca pela efetivação dos direitos do consumidor contemplados pela Constituição Federal: artigo 5º, inciso XXXII, quanto ao dever estatal de proteção ao consumidor; em seu artigo 24, inciso VIII, que dispõe a respeito da competência concorrente dos entes públicos para legislar sobre a responsabilização por prejuízo ao consumidor; e em seu artigo 170, inciso V, que determina a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

Ditas disposições constitucionais demonstram o caráter social atribuído ao ente estatal, de forma a justificar a intervenção no domínio econômico para coibir exageros no exercício do poder jurídico individual, considerando os parâmetros estabelecidos pelo artigo 187 do Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

No caso das diversas implicações jurídicas decorrentes da utilização do cartão de crédito nas transações financeiras, é possível constatar que o exercício regular do direito subjetivo de lucrar com a atividade profissional ou o poder atribuído pela norma jurídica à posição ocupada em tal contexto fático, permite ao fornecedor de produtos ou serviços optar pela aceitação ou rejeição de pagamento por meio de cartão de crédito.

Ocorre que o direito subjetivo ou poder devem ser exercidos de forma regular, considerando os limites estabelecidos pelo artigo 187 do Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, pois tais dispositivos implicam que mesmo uma conduta legalmente amparada pode configurar ato ilícito se superar o mínimo de razoabilidade e ferir a boa-fé, a moral, os bons costumes, ou os fins econômicos e sociais da norma.

A boa-fé é subjacente aos fins econômicos e sociais dos contratos para equilibrar o desenvolvimento econômico do empreendimento e os direitos dos consumidores. Tal equilíbrio é um interesse da coletividade, protegido pelo Estado.

Se um dos sujeitos participantes da relação praticar atos que impossibilitem a realização desse propósito, resta justificada a intervenção pública no domínio privado para coibir o exercício abusivo. O princípio da função social do contrato implica que um instituto de direito privado possa gerar reflexos para além da relação contratante e contratado que justifiquem intervenção no domínio econômico.

Pela análise das posições jurídicas ocupadas pelos integrantes envolvidos nas transações efetuadas mediante cartão de crédito é possível identificar três relações jurídicas distintas: (1) entre a instituição financeira emissora do cartão e o titular do mesmo, que se compromete a pagar àquela as taxas de administração, eventuais juros advindos de parcelamento da fatura, em razão do crédito concedido e em virtude da responsabilidade pelo adimplemento da compra perante o estabelecimento comercial; (2) entre a companhia que emite e possivelmente administra o cartão de crédito e o fornecedor de produtos ou serviços credenciado, na qual o estabelecimento concede um percentual das vendas efetivadas à administradora, que se responsabiliza pelo risco do crédito e fraudes contingentes; e, (3) entre o consumidor e o estabelecimento comercial, que agrega valor à sua empresa por meio da disponibilização de pagamento por cartão de crédito, já que tal possibilidade atrai mais clientes e, por decorrência, aumenta seus rendimentos.

Frise-se que o fornecedor possui o direito de optar pela forma de pagamento que lhe for mais eficaz e não é obrigado a oferecer a possibilidade de utilização de cartão de crédito se, consoante suas avaliações, os custos do serviço implicarem em prejuízo. Ademais, ao pactuar com a administradora de cartões de crédito, está ciente que receberá os valores correspondentes às mercadorias vendidas apenas após o transcurso de um lapso temporal e que serão cobradas taxas pelo fornecimento do serviço. Ocorre que deve suportar as despesas decorrentes da contratação com a administradora de cartões, sob pena de afastar seu direito ou poder da finalidade para a qual foi arquitetado.

Os custos decorrentes do fornecimento dessa modalidade de pagamento são inerentes à atividade exercida pelos comerciantes, que devem arcar com tais ônus sem dividi-los com o consumidor, já que tais despesas são vinculadas unicamente à relação jurídica existente entre o fornecedor e a empresa administradora/emissora dos



cartões de crédito, sendo completamente independentes do preço final de venda dos produtos, que dizem respeito apenas à relação entre o vendedor e o adquirente.

O emprego da diferenciação de preços é uma forma de transferir ao consumidor os custos decorrentes da aceitação da retribuição financeira por meio de cartão de crédito que o fornecedor voluntariamente pactuou com terceiro e implica em onerar duplamente o adquirente de produtos ou serviços, que, além do valor decorrente da compra efetuada, é obrigado ao pagamento de taxa pela utilização do serviço prestado pela empresa administradora do seu cartão.

É importante ressaltar que a norma que elenca as práticas abusivas está em metamorfose ininterrupta e a compreensão de sua substância perante a sociedade é concretizada mediante a prevalência da *mens legis* do Código de Defesa do Consumidor, baseada, necessariamente, no preceito da identificação da vulnerabilidade do consumidor perante os fornecedores, previsto pelo inciso I do artigo 4º da legislação consumeirista. Nos termos deste dispositivo, o princípio da vulnerabilidade regula a Política Nacional das Relações de Consumo e sua efetivação possui como pressuposto a admissão de interpretação extensiva ao rol do artigo 39 da legislação consumeirista para considerar abusivas outras condutas além daquelas elencadas expressamente.

A prática de fixação de preço diferenciado distancia-se da finalidade social da norma. Tal conduta do fornecedor pode inicialmente aparentar ato lícito, em razão do direito de lucrar. No entanto, mesmo inexistindo intenção de causar dano, evidencia-se a utilização de um direito que extrapola o balizamento legal, pois o resultado do ato viola a boa-fé objetiva, os bons costumes e desvirtua-se de sua finalidade socioeconômica, implicando em exigência de vantagem exorbitante do consumidor e elevação de preço sem justa causa, vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

O exemplo prático de transação comercial analisado neste artigo demonstra que as disposições das leis escritas, formuladas em épocas passadas, podem demonstrar-se insatisfatórias para abranger todos os embates inerentes às relações sociais. O próprio amadurecimento da perspectiva adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à diferenciação de preços atesta a imperiosidade da prevalência dos princípios e valores detectados nos contextos nos quais nascem os conflitos para garantir a convivência harmoniosa das liberdades.

Portanto, o fundamento essencialmente legalista, baseado na inexistência de legislação que proíba expressamente a diferenciação de preços para justificar o descabimento de sanções à prática, deve ser mitigado. A existência de amparo legal a uma conduta é insuficiente para descaracterizar o ato ilícito se o detentor do poder jurídico individual o exerce de forma a ferir a boa-fé, os bons costumes, ou os fins econômicos e sociais da norma.

As cláusulas gerais escapam ao juízo de subsunção e à exegese pura, permitindo ao julgador analisar além do que a lei dispõe e buscar por soluções além da legislação para coibir o abuso de direito em todos os casos concretos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ministro Ruy Rosado (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2012.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil anotado e legislação extravagante**: atualizado até 2 de maio de 2003. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. V. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. (Professor Agostinho Alvim, 11).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte geral. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. O exercício jurídico disfuncional e os contratos interempresariais: notas sobre os critérios do artigo 187 do Código Civil. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 96, p. 48-58, mar.2008.

\_\_\_\_\_. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de et al. (Coord). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tulio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, p. 387-421, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. V. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, p. 319.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. **Abuso de direito**. 195f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.