

Felipe Braga Netto

**NOVO** Manual de  
**RESPONSABILIDADE** civil

**4<sup>a</sup>** | revista,  
edição | atualizada  
e ampliada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# Entre o ILÍCITO e a responsabilidade civil

## 1. DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS

*“Nada é mais próximo do máximo da ingenuidade do que o máximo da esperteza”.*

» *San Tiago Dantas*

A ilicitude gera consequências. O comportamento contrário às prescrições normativas traz punições para o infrator, que vão desde sanções administrativas até a privação da liberdade, a sanção mais grave em nosso sistema, aplicada como resposta à infração de uma norma penal.

Em geral, cada ramo do direito traz especificidades ao estruturar os seus ilícitos. O ilícito penal, com sua tipicidade fechada, decerto não se confunde com o ilícito civil, cuja estrutura é aberta, permeável aos valores, e sem definição prévia de condutas vedadas. Embora existam diferenças, timbradas, quase sempre, pela gravidade da violação, é certo que não existem hiatos ontológicos entre os ilícitos. Todos eles são atos contrários ao direito, e, por isso, recebem sanções, que variam de acordo com a estrutura da ordem jurídica.

O ilícito é um conceito fundamental. Conceito fundamental é aquele sem o qual não há condição de possibilidade de um sistema jurídico. Sem ilícitos não se constrói um ordenamento jurídico<sup>1</sup>. Não existe, tampouco, ramo jurídico que possa prescindir dos ilícitos. Convém lembrar ainda: todo sistema

---

1. Sobre o tema consultar: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994; VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 54; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 27; BORGES, Souto Maior. *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.

jurídico tem de lidar com a violação de suas normas. Estabelecer padrões de conduta (juridicamente) importa em prever, naturalmente, modelos de comportamento que se distanciem desses padrões. O ilícito, nesse sentido, é uma reação, juridicamente organizada, contra a conduta que viola valores, princípios ou regras do sistema jurídico. São as reações (através da eficácia jurídica) que os ilícitos projetam que preservam a unidade valorativa do sistema jurídico. A experiência jurídica atua prescrevendo reações contra ações ou omissões que transgridam as referências normativas adotadas. Nesse contexto, o ilícito reforça as pautas de valor situadas no vértice do sistema, ao *agir* contra os padrões de conduta destoantes do sistema jurídico.

Em direito civil, os ilícitos, em geral, são os fatos jurídicos dos quais decorre o dever de indenizar. Quem, culposamente, causa dano a outrem, comete ato ilícito, e deverá repará-los (Código Civil, art. 186). Quem excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes (Código Civil, art. 187) também pratica ato ilícito, e a consequência, em ambos os casos, é a obrigação de repará-los.

Os ilícitos apresentam, como eficácia preponderante no direito civil, o dever de reparar os danos causados. O Código Civil vigente reconheceu essa realidade, e definiu, no art. 927, que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Portanto, os ilícitos civis, causando danos, obrigam quem os provocou a repará-los. A doutrina nacional, em sua amplíssima maioria, identifica ilícito civil com responsabilidade civil. Imagina, portanto, que ilícitos civis são aqueles previstos no Código Civil (arts. 186 e 187), cujo efeito é, sempre e apenas, o dever de indenizar (art. 927). Tal visão, segundo cremos, é parcial e não dá conta da realidade do mundo jurídico. Na verdade, bem vistas as coisas, os ilícitos civis perfazem um rico gênero, variado e multifuncional, cujos contornos não aceitam a tradução dogmática que normalmente é oferecida (e repetida nas novas edições dos livros).

A ilicitude civil tradicionalmente é perspectivada como uma condição por cujo intermédio tem lugar uma sanção, representada – com exclusividade, segundo se pensa – pela indenização dos danos causados. Isso, porém, não é correto. Veremos adiante dois pontos: a) nem todo ilícito civil produz, como sanção, a responsabilidade civil; e b) a responsabilidade civil pode resultar de atos *lícitos*. Não há, nessa perspectiva, fundamento teórico para tratar, de forma indistinta, ilícitos e responsabilidade civil. Seria o mesmo, mal comparando, que confundir uma fábrica, produtora de um largo espectro de produtos, com apenas uma de suas produções. Cremos que tal postura empobrece o contexto dos ilícitos, *reduzindo o gênero ao estudo dos efeitos de uma de suas espécies*.

É interessante, portanto, sob o prisma teórico, mostrar que não existe uma relação *necessária* entre ilícitos civis e dever de indenizar. Apenas para

exemplificar, a ingratidão do donatário é um ilícito civil cujo efeito consiste, exatamente, na possibilidade, que o ordenamento faculta ao doador, de revogar a doação, se assim lhe aprouver (Código Civil, art. 557). Trata-se, portanto, de uma autorização como efeito de um ilícito. Os ilícitos civis também podem dar ensejo a perda de direitos e demais categorias de eficácia. Por exemplo, o herdeiro que sonegar bens, não os levando à colação, perde o direito que sobre eles pudesse ter (Código Civil, art. 1.992). Quer dizer: a perda de um direito como efeito de um ato ilícito civil.

Enfim, é apenas uma demonstração, sumária e singela, de que os efeitos possíveis são múltiplos, não se resumem a uma eficácia única. Não convém vincular, de modo absoluto, os ilícitos civis a uma eficácia monolítica – ofuscando as ricas possibilidades que o sistema jurídico, adequadamente compreendido, oferece. Os civilistas, há alguns anos, tentavam negar o fenômeno. A maré parece estar mudando. Hoje a matéria tem sido progressivamente aceita, e cada vez menos se confunde, atualmente, ilícito civil com responsabilidade civil (uma confusão bem mais comum quando o Código Civil de 2002 surgiu, por exemplo). Mesmo porque a realidade não deixa de ser o que é porque a negamos, ou desconhecemos seus reais contornos.

### **1.1. Nem todo ilícito civil gera responsabilidade civil**

Os ilícitos civis provocam, em regra, o dever de indenizar. Esse é o efeito jurídico mais comum deles. Por isso, costumam ser identificados com a responsabilidade civil. Essa identificação, porém, não é correta<sup>2</sup>. A responsabilidade civil – cabe sempre repetir – é efeito de certos ilícitos civis, não de todos. Existem, portanto, ilícitos civis que não produzem, como eficácia, o dever de indenizar. Já aludimos à questão no tópico anterior e trataremos, ainda neste capítulo, de modo destacado, cada uma das eficácias que o ilícito civil pode produzir, na nossa visão.

### **1.2. A responsabilidade civil pode resultar de atos *lícitos***

Não bastasse o que dissemos acima (que existem ilícitos civis que não provocam o dever de indenizar, isto é, a responsabilidade civil), ainda há outra

---

2. Pontes de Miranda, escrevendo em meados do século passado, já consignava: “há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 201). Aliás, ainda antes, em 1928, no seu livro *Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro*, Pontes já intuía que os ilícitos não se esgotavam no dever de indenizar (PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, p. 176).

razão que recomenda fortemente que não confundamos ilícito civil com responsabilidade civil. É que a responsabilidade civil nem sempre resulta de atos ilícitos. A responsabilidade civil pode resultar – e em muitos casos assim ocorre – de *atos lícitos*. Na responsabilidade civil do Estado, por exemplo, é pacífico – assim entre os autores como na jurisprudência do STF – que é irrelevante a licitude ou ilicitude da atividade estatal para a definição do dever de indenizar (o mesmo se diga da responsabilidade civil nas relações de consumo ou ambientais). Em outras palavras, mesmos *atos lícitos* do Estado (ou de particulares, em certos setores) podem ensejar a responsabilidade civil.

Nesse contexto, nem sempre o dever de indenizar resulta de ilícitos. Trata-se de ponderação já tradicional em nosso direito civil<sup>3</sup>. Há casos em que a contrariedade ao direito é excluída, mas o dever de indenizar persiste. Há responsabilidade civil sem que haja ilicitude<sup>4</sup>. Não só. Na própria legislação brasileira o assunto é tranquilo, pacífico. Vejamos o Código Civil. Quem pratica ato em estado de necessidade pratica ato lícito (Código Civil, art. 188, II). Estamos diante de uma excludente de ilicitude. Embora seja um ato lícito, dele decorre o dever de indenizar (Código Civil, arts. 929 e 930). Se, digamos, alguém, dirigindo seu carro, percebe que uma criança se soltou da mão da mãe e atravessa inesperadamente a rua, faz manobra brusca para evitar o atropelamento, colidindo com outro veículo, o ato será lícito, mas provocará dever de indenizar. Trata-se de ato em estado de necessidade (STJ, REsp 124.527). Há, porém, direito de regresso contra quem deu causa à situação perigosa. O estado de necessidade é um exemplo de um ato lícito que, segundo o Código Civil, provoca o dever de indenizar. Só um exemplo dentre muitos outros possíveis (convém lembrar que a responsabilidade civil fundada na *teoria do risco* – Código Civil, art. 927, parágrafo único –, em regra, é responsabilidade civil por *ato lícito*, não por ato ilícito).

Resumindo o que dissemos: embora, comumente, a responsabilidade civil provenha de atos ilícitos, ela também pode surgir como resultado de atos lícitos. Ambos, na ordem jurídica brasileira, podem dar ensejo à indenização. Portanto,

- 
3. Expressiva a ponderação de Orizombo Nonato: “Contudo é possível, diante deles, afirmar, como o egrégio Clóvis, que a idéia de dano ressarcível é, em nosso direito, mais ampla do que a de ato ilícito” (citado por Wilson Melo da Silva. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 69).
  4. Assim, “há indenizabilidade – excepcionalmente, é certo – que não resulta da ilicitude. Repararam-se danos que se causaram sem que os atos, de que resultaram, sejam ilícitos” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. LIII, p. 197). Em outro livro, Pontes de Miranda dá exemplo eloquente, no caso do que vendeu penicilina a ser entregue e, tendo havido grande desastre, a empregou nos feridos, não podendo adimplir, no dia, o contrato. Haveria, em tese, ilícito relativo, pela violação da relação contratual. Na espécie, no entanto, isso não ocorre, porquanto a contrariedade ao direito, essencial ao ilícito, foi pré-excluída pelo estado de necessidade (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 229).

dizer que determinado ato é lícito (ou dizer que é ilícito) nada esclarece acerca do dever ou não de indenizar, porquanto de ambas as espécies (lícitos e ilícitos) pode surgir o dever de reparar os danos causados.

## 2. O ILÍCITO CIVIL NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

*“Há pessoas de caráter que dão pena: como se esforçam, como suam para serem honestas! Precisam estar a todo momento prestando atenção; às vezes precisam mesmo fazer autos-sugestão, proclamar em altos brados a própria honestidade para convencer aos outros e a si mesmos. Já Prudente está no seu caráter bem à vontade, como dentro de um pijama velho e limpinho”.*

» Rubem Braga

O Código Civil de 2002 se referiu aos atos ilícitos por intermédio de duas cláusulas gerais. O art. 186 prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>5</sup>. O art. 187 tem a seguinte redação: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Consagrou-se, com esse dispositivo, a teoria do abuso de direito, velha conhecida da jurisprudência, cuja caracterização como ilícito, todavia, era polêmica<sup>6</sup>. O Código Civil, mais adiante, no art. 927, estatuiu: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado

- 
5. Trata-se, por certo, da mais conhecida cláusula geral do direito privado brasileiro, a cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva (CC/1916, art. 159; CC/2002, art. 186). De toda sorte, e sem embargo das múltiplas críticas que se lhe possam ser feitas – no sentido de pretender esgotar o conceito de ilícito civil (não esgota) – é certo que o art. 186 do Código Civil é superior a outros modelos legislativos, como por exemplo o alemão. Aliás, o próprio BGB, tido como uma codificação tecnicamente esmerada, inseriu o ilícito civil na parte especial, no direito das obrigações, e não na parte geral, como fez o Código Civil brasileiro. Outrossim, o BGB optou (§ 823) por uma descrição tarifada dos bens jurídicos que, violados, ensejariam ilícitos, numa técnica inferior àquela adotada pelo Código Civil brasileiro, que se valeu de cláusulas gerais (arts. 186 e 187). A propósito, por incrível que possa parecer a um observador estrangeiro, no ordenamento alemão *não* se indenizam danos de caráter exclusivamente patrimonial (*reine Vermögensschäden*). Apenas o que eles chamam de “bens jurídicos absolutos” (*absolute Rechtsgüter*), que foram mencionados em modelo casuístico na lei (propriedade, integridade física, e liberdade pessoal). Há, é verdade, uma tímida cláusula de abertura, que menciona “demais bens jurídicos” (*sonstige Rechte*). Porém a jurisprudência alemã sempre interpretou de modo restrito esse conceito jurídico indeterminado.
  6. O art. 187 está informado pela ideia de relatividade dos direitos. Isto é, os direitos flexibilizam-se mutuamente; não há direito isolado, mas dentro do corpo social, onde outros direitos convivem. Pontes de Miranda observou que “repugna à consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; já não nos servem mais as fórmulas absolutas do direito romano” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, T. LIII, p. 62).

a repará-lo” (lembrando que o suporte fático e o preceito – determinação de efeitos – de determinada norma podem não estar no mesmo dispositivo legal, como é o caso). É fácil perceber que o Código Civil de 2002, se interpretado literalmente, conduz à conclusão que a única eficácia possível, derivada dos ilícitos civil, é a obrigação de indenizar os danos causados.

Sempre sustentamos que a responsabilidade civil é efeito de uma espécie de ilícito, e não do gênero ilícito civil. Existem outras eficácias, igualmente legítimas, que decorrem de ilícitos civis. As sanções civis, desse modo, não se resumem no dever de indenizar ou ressarcir, podendo também compreender: a) a autorização para a prática de certos atos pelo ofendido, b) a perda de certas situações jurídicas (direitos, pretensões e ações) ou c) a neutralização da eficácia jurídica (não produção dos efeitos jurídicos como sanção). O ilícito civil, se perspectivado em termos contemporâneos, ostenta uma permeabilidade aos valores que é inédita aos olhos clássicos. Possui uma mobilidade que lhe permite transitar pelo sistema jurídico incorporando referências axiológicas e as traduzindo em sanções, em ordem a assegurar, de forma aberta e plural, a preponderância dos valores fundamentais no sistema do direito civil.

Essa percepção naturalmente conduz a uma notável ampliação da função dos ilícitos no sistema jurídico. De fato, um entendimento meramente estático dos ilícitos, a partir de certas propriedades abstratamente postas, não se concilia com um sistema jurídico fundado em valores e princípios, cujas bases são essencialmente axiológicas, e não puramente lógico-formais (Constituição da República, art. 1º, III; art. 3º, I, III). Amplia-se, assim, o espectro dos ilícitos civis, com a possibilidade que eles defluam da violação a princípios, sem a tipologia fechada que caracteriza o direito penal. Sustenta-se que os ilícitos civis são abertos, no sentido de que princípios, e não apenas regras, podem servir de base material para sua configuração.

A construção de uma sociedade mais justa e solidária não se faz apenas imputando aos danos reparações monetárias. É fundamental ampliar os espaços de exercício da dignidade – na família, nos contratos, na empresa, ou em quaisquer relações subjetivas que projetem efeitos jurídicos. Cabe aos civilistas abandonar a postura neutra – claramente envelhecida e historicamente gasta –, e estabelecer, à luz da Constituição, paradigmas diferenciados de proteção, otimizando proteção àquelas formas de contrato, de propriedade, de união familiar, que melhor realizem os valores constantes em nossa ordem constitucional. Enfim, deve-se buscar modelos que operacionalizem a realização dos valores existenciais, em detrimento, havendo choque, dos valores patrimoniais. É essa sua grande tarefa, nestas primeiras décadas do século XXI.

### 3. CLASSIFICANDO OS ILÍCITOS CIVIS NO DIREITO BRASILEIRO

Propusemos, em 2003, em outro livro<sup>7</sup>, uma classificação dos ilícitos civis com base na eficácia que eles produzem. Isto é, não apenas olhar para o dever de indenizar (que é, sem dúvida, a eficácia mais comum), mas ter um olhar cuidadoso para outras espécies, menos frequentes. Vamos resumir a questão, com brevidade e clareza, como nos propusemos a fazer neste livro que o leitor está lendo.

Assim, os atos ilícitos no direito civil podem ser classificados em:

- a) *Ilícito indenizante*: é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in natura* ou *in pecunia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um ilícito indenizante.
- b) *Ilícito caducificante*: é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importa os dados de fatos aos quais o legislador imputou tal eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante.
- c) *Ilícito invalidante*: é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito se daria através da negação dos efeitos que o ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, o ato é invalidante, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.
- d) *Ilícito autorizante*: é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor.

Importa analisar, menos superficialmente, cada uma das espécies, em ordem a potencializar-lhes o significado. Assim, sob o ângulo da eficácia produzida, os atos ilícitos no direito civil podem ser classificados de acordo com as espécies a seguir delineadas.

---

7. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 89. Fredie Didier, livre-docente na USP, generosamente escreveu em 2012: “Há dez anos, no início de minha atividade profissional, estava em uma pequena livraria jurídica em Salvador, quando me deparei com um livro, recém-publicado: *Teoria dos Ilícitos Civis*. Não conhecia o autor, mas o tema me atraía. Felipe Peixoto Braga Netto era o autor da obra”. Continua Fredie: “O livro era sensacional: avançava na sistematização feita por Pontes de Miranda, propondo a criação do conceito jurídico fundamental de *ilícito autorizante*, que, ao lado dos ilícitos caducificante, indenizante e invalidante, compõem a tipologia dos ilícitos civis. Adotei. Desde então, não só adoto a classificação, como tenho indicado o livro sempre que posso”. Ver, sobre o tema, DIDIER, Fredie. *Curso de Processo Civil*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2017.

### 3.1. Ilícito indenizante

É o ilícito que produz como eficácia o dever de indenizar. Ressalte-se, porém, que no dever de indenizar pode estar compreendido o dever de ressarcir, que aliás deve ser priorizado. Denota, de qualquer sorte, o dever do agressor de recompor a esfera jurídica do agredido. É tão conhecido e tão comum que nos dispensaremos de maiores referências a propósito. Diga-se apenas que quem, culposamente, causa danos a outrem, comete ato ilícito e deverá repará-los (Código Civil, art. 186). Os ilícitos apresentam, como eficácia preponderante no direito civil, o dever de reparar os danos causados. O Código Civil reconheceu essa realidade, e definiu, no art. 927, que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Portanto, os ilícitos civis, causando danos, obrigam que os provocou a repará-los. É, sob o prisma sociológico, o efeito que presumivelmente mais importa ao ofendido, porquanto possibilita restaurar, na medida do possível, seu patrimônio jurídico, atingido com a violação. As demais eficácias, em princípio, não se prestam a isso, senão indiretamente.

### 3.2. Ilícito caducificante

No ilícito caducificante o sistema relaciona ao ilícito a perda de um direito<sup>8</sup>. Aliás, mais propriamente, a perda de qualquer categoria eficaz<sup>9</sup>. Assim, decorre do ilícito, de modo direto e imediato, a perda de um direito.

O Código Civil prevê no art. 1.638: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes<sup>10</sup>; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente; V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção” (havia, no Código Civil de 1916, dispositivo correspondente, art. 395, embora com amplitude menor). Assim, o pai (ou a mãe) que espanque o filho pode perder o poder

8. No direito brasileiro, Pontes de Miranda percebeu, precursoramente, que ilícitos civis podem ensejar a caducidade. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, p. 216.

9. Partido da premissa, forte em Pontes de Miranda, de que a relação jurídica está no plano da eficácia, integrada, no seu esquema integral, por *direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situação de acionado (ação de direito material) e exceção e situação de exceptuado*.

10. Escrevemos em outra ocasião: “*Moral e bons costumes* é uma expressão cujo conteúdo remete a uma moral oficial, linear e preconceituosa. Andaria melhor o Código Civil se não a trouxesse. A jurisprudência, no entanto, saberá interpretar o termo em consonância com a Constituição, traduzindo os padrões comportamentais plurais da sociedade contemporânea” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101). Há outras menções no Código Civil aos bons costumes, como, por exemplo, no art. 187.

# Responsabilidade civil nas **RELAÇÕES DE CONSUMO**

## **1. CONSUMIDOR: UMA PALAVRA MAIS AMPLA (OLHANDO PARA O PASSADO, OLHANDO PARA O FUTURO)**

*“Na esfera da literatura, assim como em outras, não há ato que não seja o coroamento de uma infinita série de causas e o manancial de uma infinita série de efeitos”.*

» Borges

É dinâmica a interpretação do Código de Defesa do Consumidor. Seus institutos – longe de nascerem prontos com a edição da lei, há cerca de 30 anos – revelam-se em permanente processo de abertura e reformulação, renovando-se cotidianamente no trato com a sociedade e com os tribunais. O CDC – aprovado por unanimidade nas duas casas do Congresso – talvez seja a mais importante lei da segunda metade do século XX, no direito privado brasileiro. Uma lei feita, por assim dizer, para o futuro, que dialoga com as gerações que chegam e que incorpora novos conhecimentos e novas soluções para problemas inéditos. Pondera, a propósito, José Roberto de Castro Neves: “Não há dúvida de que a Lei do Consumidor foi um sucesso. Muitas vezes ela é citada, com razão, como exemplo de uma lei que deu certo, porque, de fato, educou e regulou um setor, antes muito carente, no qual grassava o desrespeito ao consumidor”.

De fato, o jurista tem razão. O Código de Defesa do Consumidor é um raro exemplo de lei conhecida e respeitada – ainda mais raro se pensarmos em como são desconhecidas e desrespeitadas as leis entre nós. Há, por certo, muito a evoluir, mas isso não nos impede de perceber como foi bonita e cheia de sentido a caminhada até aqui, 30 anos depois do nascimento do CDC.

Convém, talvez, lembrar algo elementar: o texto da lei não é a norma. É o ponto de partida da atividade hermenêutica. É possível, nesses 30 anos de vigência do CDC, perceber claramente isso. O CDC, hoje, não é aquele que foi editado décadas atrás (e nem falamos das modificações legislativas que recebeu e continuará a receber). A atividade jurisprudencial, sobretudo do STJ, reconstruiu o sentido de muitos conceitos, categorias e institutos do direito do consumidor. Quem imaginar que conhece o direito do consumidor brasileiro sem conhecer a respectiva jurisprudência *não conhece* o direito do consumidor.

Escrevemos em outra ocasião: “Sempre frisamos o caráter dinâmico do direito do consumidor. Quem se der por satisfeito com o que aprendeu há alguns anos atrás rapidamente se verá desatualizado. As inovações são muitas – algumas excelentes, outras nem tanto. A consagração – finalmente – do dano moral coletivo pelo STJ, a possibilidade de inversão do ônus da prova em ações coletivas, a incidência do CDC em relação aos cartórios, a não incidência em relação aos advogados, a definição da inversão do ônus da prova como regra de procedimento, a aplicação do Código Civil em matéria prescricional para beneficiar o consumidor (diálogo das fontes), a abrangência nacional da ação coletiva (inclusive para a execução, segundo as decisões mais recentes), uma posição mais rigorosa do STJ em relação à devolução em dobro do valor indevidamente cobrado, a definição dos contornos da teoria finalista etc. Temos aí, em caráter exemplificativo, entre muitos outros exemplos, algumas das questões que modificam o cenário jurisprudencial brasileiro (em pouco tempo). Daí a importância de acompanhar, sistemática e criticamente, as decisões dos tribunais superiores para traçar um panorama da matéria e saber onde estamos e para aonde estamos indo”.

É fundamental, nesse sentido, acompanhar a evolução da matéria, seguindo cada mudança jurisprudencial dos tribunais superiores – no STF e, particularmente, no STJ, entre cujas funções está a uniformização da interpretação da lei federal no Brasil.

O direito do consumidor dos nossos dias é um processo de elaboração contínua e realização permanente. Não exagero ao afirmar que o direito do consumidor clareou o caminho dos brasileiros (pelo menos em certos setores sociais). É dever da jurisprudência não permitir nem escrever retrocessos. Que nós saibamos, individual e coletivamente, construir o futuro que desejamos, fortes na certeza de que o amanhã depende (sempre) de decisões, escolhas e ações do presente.

Uma palavra final para este tópico: o direito do século XXI sugere novos modelos de compreensão, pede que saibamos renovar nosso olhar sobre o mundo.

## 2. CONTEXTUALIZANDO O CDC

*“Eu sou a velha  
mais bonita de Goiás.  
Namoro a lua.  
Namoro as estrelas.  
Me dou bem  
com o rio Vermelho”.*

» Cora Coralina

Cabe, com extrema brevidade, contextualizar o CDC na ordem jurídica brasileira, fixando-lhe o perfil e o modo de ser jurídico.

### 2.1. O CDC como um microsistema legislativo

O que é um *microsistema legislativo*? O CDC poderia ser assim considerado? São perguntas prévias para cujas respostas se impõem algumas breves explicações. Por séculos, a disciplina jurídica foi monotemática. O que isso significa? Que havia um código para o direito civil, outro para o direito penal, outro para o direito processual civil, outro para o direito processual penal e assim sucessivamente. Não havia, ou pelo menos não deveria haver, numa mesma lei, matérias de ramos jurídicos distintos.

Os diplomas legais referidos continuam a existir, naturalmente. Porém, ao lado deles existem, de modo cada vez mais numeroso, leis que não obedecem a essa severa divisão temática. Leis que incluem, em um único diploma, várias disciplinas jurídicas – civil, penal, administrativo, processo civil, entre outras. São os chamados microsistemas legislativos.

Cada vez mais a experiência jurídica contemporânea utiliza tal técnica. Além do Código de Defesa do Consumidor – o mais óbvio exemplo, chamado neste livro de CDC, para efeitos de facilitação de leitura –, existem vários outros: o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Pessoa Idosa, a Lei das Locações, entre outros. As referidas leis trazem normas de variados ramos do direito. Não se importam com a divisão do direito em múltiplos ramos. Preocupam-se, sim, com a efetividade. E para atingir tal fim conglobam, em um mesmo diploma legal, normas de cores variadas. Tomando como exemplo o torcedor-consumidor, se, em partida de futebol, houver tumulto causado por artefatos explosivos jogados contra a torcida visitante, o time mandante deve responder pelos danos causados aos torcedores. Responderá pelos danos causados aos torcedores o time mandante que não cumpriu adequadamente o dever de minimizar os riscos da partida, deixando de fiscalizar o porte de artefatos

explosivos nos arredores do estádio e de organizar a segurança de forma a evitar tumultos na saída da partida (STJ, REsp 1.773.885, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T, 30/08/2022). Aliás, o dever de segurança nos eventos esportivos não se limita ao interior dos estádios, mas abrange também os arredores.

A segunda questão é esta: o CDC é um microsistema jurídico? A resposta é a afirmativa, porém algumas considerações se impõem. É um microsistema porque reflete, e de modo inovador, essa tendência de legislar tendo em foco problemas – consumo, idosos, crianças, etc – e não as velhas categorias do direito público e do direito privado. Porém, quando se fala em microsistema pode se dar a falsa ideia de algo isolado, estanque, sem nenhuma comunicação com o sistema jurídico integralmente considerado. Assim não é, nem poderia ser. Os microsistemas têm – como de resto qualquer outra norma – conexão direta com a Constituição da República, sendo inválidos se porventura a contrariem em algum ponto. Existem, assim, não como categoria à parte, mas integrados ao todo normativo cujo ápice se encontra nas normas da Constituição<sup>1</sup>.

## 2.2. O que são normas de ordem pública e interesse social?

O art. 1º do CDC estabelece: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

O que são normas de “ordem pública e interesse social”? Ou seja, pragmaticamente falando, o que isso quer dizer? A expressão significa que estamos diante de normas cogentes, isto é, normas que não toleram renúncia. Normas em relação às quais são inválidos eventuais contratos ou acordos que busquem afastar sua incidência. Assim ocorre com o consumidor, assim ocorre com o trabalhador. A lei os tem como hipossuficientes, como a parte mais fraca da relação, a parte que depende da proteção legal. E tal proteção legal de pouco ou nada valeria se tais normas pudessem ser objeto de renúncia. Bastaria que

---

1. Num mundo cada vez mais plural e complexo, caracterizado pela velocidade na transmissão das informações, as normas jurídicas não podem – se querem preservar a efetividade – manter-se em guetos que não dialogam entre si, nem mesmo é adequado que haja rígida separação temática em certas áreas. O CDC, sabemos, traz muitas normas de direito processual civil, e essas normas serão afetadas pela entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil, aliás, trata da figura do consumidor já em seus primeiros artigos (CPC, art. 22, II), ao dispor: “Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: II – decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil”. Uma compra feita pela internet em site americano, por exemplo, poderá ser judicialmente questionada no Brasil (poderá haver, sabemos, problemas quanto à exequibilidade da decisão, questão ligada à efetividade do processo).

a parte economicamente mais forte, através de contratos de adesão (CDC, art. 54), dispusesse unilateralmente prevendo condições que lhe são favoráveis, esvaziando assim as generosas normas do CDC.

José Roberto de Castro Neves destaca: “No primeiro capítulo desse livro, das disposições gerais, a lei oferece definições, inclusive da sua natureza. O art. 1º informa que ela é de ordem pública e tem interesse social. Com isso, a lei quis informar que seus dispositivos têm característica imperativa, ou seja, não admitem ser afastados pela disposição particular”<sup>2</sup>. O STJ frisou: “As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ‘ordem pública e interesse social’. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado” (STJ, REsp 586.316).

Vejamos um exemplo concreto. Digamos que um aluno de direito, estudante de universidade particular, sofre acidente no elevador da universidade. Daí decorrem graves danos físicos. O prazo para ingresso, nesta hipótese, da ação de indenização é de cinco anos, a teor do prescrito no art. 27 do CDC, adiante estudado (acidente de consumo ou fato do serviço). Pergunta-se: se, no ato da matrícula – portanto anteriormente ao acidente – o aluno houvesse assinado um contrato cujo teor rezava que, havendo dano, o prazo de reparação seria de três anos – tal como ocorrem nas relações civis, de acordo com o art. 206, § 3º, V, do Código Civil –, tal cláusula poderia ser considerada válida?

A resposta é negativa. Seja neste prosaico exemplo, seja em casos mais complexos, a renúncia, antecipada ou não, a direitos e garantias insertas no CDC há de ser tida como não-escrita, sob pena de esvaziar todo o conteúdo normativo de tão importante lei. Cabe lembrar, para encerrar este tópico, que norma de ordem pública não é sinônimo de norma de direito público. Normas de ordem pública são normas cogentes, normas indisponíveis. Tanto podem estar no direito público como no direito privado. O CDC traz normas de direito público (penais, por exemplo) e normas de direito privado. É prudente, porém, frisar que essa distinção entre direito público e privado é puramente didática. Já há cerca de vinte anos escrevíamos que “a dicotomia direito público e privado, como modelo teórico, está claramente envelhecida”.

Convém, ainda, uma última indagação, antes de encerrar este tópico. Afir-mar que determinada norma é de ordem pública e de interesse social – como o CDC fez em seu art. 1º – significa que o magistrado poderá conhecê-la de ofício, isto é, sem provocação das partes? Acreditamos que sim. Acreditamos, mais, que isso está de acordo com a estrutura normativa e com as funções sociais do

---

2. NEVES, José Roberto de Castro. O Direito do Consumidor – de onde viemos e para onde vamos. RTDC, vol. 26, abr/jun, 2006, p. 198.

CDC. Toda a teleologia do CDC, de índole declaradamente protetiva do polo vulnerável da relação (consumidor), aponta para sua proteção através de normas cogentes, imperativas. Pode, por isso, o juiz, segundo cremos, conhecer de ofício das normas do CDC. Há, porém, na jurisprudência, uma exceção: os contratos bancários. Não enxergamos razões, constitucionais ou legais, para essa exceção, tão estranha ao espírito das relações de consumo. O STJ, contudo, estatuiu na Súmula 381: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Cabe registrar, a propósito, que o Código de Processo Civil previu: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (CPC, art. 10).

### 2.3. Autonomia e heteronomia

Por muito tempo o direito privado, em especial o direito civil, foi sinônimo de autonomia da vontade, ou autonomia privada (*Privatautonomie; autonomia della volontà*). Por intermédio dela, os particulares autorregulavam seus próprios interesses, mediante contratos escritos ou verbais. Saleilles, em 1889, preconizava o princípio do respeito absoluto à liberdade das convenções. Naturalmente, tal autonomia reflete a filosofia, política ou econômica, de determinado período histórico, não podendo ser dele dissociada. Kant ponderou que a injustiça é possível quando determinamos regras para os outros, mas é impossível que haja injustiça quando estabelecemos regras para nós mesmos.

Atualmente, contudo, outros são os termos do problema. Está havendo, na sociedade contemporânea, um decréscimo da autonomia, buscando, justamente, proteger os mais fracos, os hipossuficientes. O Código Civil bem reflete essa tendência, ao dispor: “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social dos contratos”. Mais adiante, no art. 2.035, parágrafo único, sentença: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Reduz-se, assim, a autonomia da vontade para proteger a parte mais fraca. De pouco ou nada adiantaria estabelecer normas em favor da parte mais fraca se tais normas pudessem ser contratualmente afastadas. A função social dos contratos, inserindo-se no conteúdo dos pactos, atenua valor do “*pacta sunt servanda*” (princípio da força obrigatória dos contratos). Pontes de Miranda, com a antevisão que o distinguiu, já no começo do século passado alertava: “Diante da liberdade de contratar, praticamente traduzível em liberdade, para os fortes, de impor sua vontade aos fracos”. Em outras palavras, “quanto maior for a

desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”<sup>3</sup>.

A renovação do direito atual – nele compreendido, naturalmente, o direito do consumidor – significa uma nova compreensão da autonomia da vontade. O conteúdo dos contratos, atualmente, não corresponde apenas à vontade das partes, presumível ou real. Ele é composto por padrões mínimos de razoabilidade, que remetem à boa-fé objetiva, ao equilíbrio material entre as prestações e à vedação ao abuso de direito.

Entre tantos acórdãos do STJ cuja citação seria possível, fiquemos apenas com a Súmula que considera abusiva a cláusula – em contratos relativos a planos de saúde – que restringe o tempo de internação (Súmula 302): “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Reafirmou-se a nulidade, de pleno direito, da cláusula, inserida em contratos de plano ou de seguro-saúde, que limite o tempo de cobertura para a internação (STJ, AgRg no REsp 535.447). Não é razoável que se restrinja o tratamento indispensável ao paciente, mesmo porque ele não tem controle sobre isso. Além do mais, direitos fundamentais não podem ser mutilados contratualmente. De modo semelhante, em contrato de plano de assistência à saúde, é abusiva a cláusula que preveja o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares quando solicitados por médicos não cooperados (STJ, REsp 1.330.919). Em 2018 o STJ entendeu que beneficiária com *Parkinson* tem direito à *home care*, ainda que não previsto contratualmente (STJ, REsp 1.728.042).

No direito contratual contemporâneo reconhece-se a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes (STJ, REsp 1.073.595). Por exemplo, é abusiva, e ofende o princípio da boa-fé objetiva, a extinção unilateral do contrato de seguro, vigente por muitos anos (STJ, AgRg no Ag 1.362.420). Da mesma forma, entende-se, por exemplo, que a retenção integral do salário de correntista – ainda que expressamente ajustada em contrato – com o propósito de saldar débito deste com a instituição bancária é inválida e enseja a compensação moral (STJ, AgRg no AREsp 159.654; REsp 1.021.578).

Registre-se que, por outro lado, paralelamente à redução da autonomia, verifica-se um aumento da heteronomia. Autonomia, etimologicamente falando, vem do grego *nomos*, que significa regra, aliado ao prefixo *auto*, relativo a si próprio. É, portanto, o poder de dar regras para si mesmo. Já heteronomia é o poder de estabelecer regras para os outros. As leis são heterônomas.

---

3. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303.

Verifica-se, na sociedade atual, uma elevação da heteronomia, seja através das leis de ordem pública (heteronomia desejável e necessária), seja através do que poderíamos chamar de “heteronomia privada”, que se traduz no poder dos grandes complexos econômicos de ditar o conteúdo dos contratos para os consumidores, que outra alternativa têm senão aceitar o que lhes é imposto ou não consumir o produto. Vulgarmente falando, pegar ou largar. Os contratos de adesão (CDC, art. 54) são uma técnica de que se valem as grandes empresas para impor aos consumidores o conteúdo contratual que lhes pareça mais conveniente. Tal heteronomia, ao contrário da anterior, pode conter aspectos negativos e ofensivos da equidade.

## 2.4. O CDC como uma “lei de função social”

Há autores, em especial os assim designados “consumeristas”, que postulam ser o CDC uma “lei de função social”. O que significaria a expressão? Que tal lei, mercê de sua conexão direta com a Constituição, não poderia sofrer derrogações ou ab-rogações provindas de outros diplomas legais em detrimento do consumidor, ainda que de idêntico grau hierárquico.

Formalmente falando, o CDC é uma lei ordinária. Portanto, de acordo com o critério cronológico (norma mais recente prevalece sobre norma mais antiga, desde que a mais recente seja de idêntico ou superior grau hierárquico), qualquer lei ordinária posterior ao CDC poderia alterar-lhe as disposições, ainda que em detrimento do consumidor. Tal entendimento, contudo, sofre severas restrições da doutrina, não podendo ser tido como correto. Ou seja, embora o CDC seja uma lei ordinária, é uma “*lei de função social*”, uma lei que concretiza, no plano da legislação infraconstitucional, o desejo, por assim dizer, da Constituição da República. Por essa razão, uma lei ordinária, ou mesmo complementar, que objetivasse reduzir o “pisso” de direitos consignados no CDC seria inconstitucional. A Constituição, como veremos no próximo tópico, elegeu o consumidor como figura privilegiada, para cuja proteção dirigiu a força das normas constitucionais.

Desta forma, por ser uma “*lei de função social*”, uma lei que concretiza, no plano da legislação comum, a vontade da Constituição da República, o CDC não pode ser alterado para reduzir a proteção conferida ao consumidor, em desalinho com o que deseja a Constituição. O STJ reconheceu que “o mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC” (STJ, REsp 1.009.591). Importante dizer que hoje se aceita, de modo crescente, a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações de direito privado. Assim, “que as normas constitucionais, e particularmente o rol dos direitos e

garantias individuais, possuam direta eficácia nas relações de direito privado, parece pouco a pouco constituir um consenso para a melhor doutrina, animada sobretudo pelos debates doutrinários desenvolvidos na Alemanha, na Itália e em Portugal, nos últimos 30 anos<sup>4</sup>.

Podemos dizer que o CDC realiza o desejo da Constituição em proteger o consumidor. De fato, assim o é. Há três menções explícitas ao consumidor no corpo da Constituição. No art. 5º, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o inciso XXXII estabelece: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O art. 170, relativo aos princípios gerais da atividade econômica, prescreve: “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”, prescrevendo, a seguir, no inciso V, que seja observada a “defesa do consumidor”. Há ainda o art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando ao Congresso Nacional a elaboração do CDC.

A jurisprudência reconheceu que a “intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, arts. 170 e 5º, XXXII)” (STJ, REsp. 744.602). Aliás, o Código de Processo Civil, em seu art. 8º, aponta: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Voltando à questão central: sendo, sob o aspecto formal, uma lei ordinária na pirâmide normativa brasileira, o CDC poderia em tese ser revogado por qualquer lei ordinária que lhe fosse posterior (critério cronológico, segundo o qual lei posterior prevalece sobre a anterior, desde que tenham pelo menos o mesmo nível hierárquico). Porém, por ser uma “lei de função social”, isto é, uma lei surgida a partir de um mandamento constitucional (CF, Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”), isso não pode ocorrer. O CDC tem *status* funcional e valorativamente diferenciado. Estabelece como que um piso de direitos e garantias, para abaixo do qual não é

---

4. RTDC, editorial, vol.4. out/dez 2000. O STF, como se sabe, chancelou a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas (*Drittwirkung*) – também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (STF, RE 201.819). Cláudia Lima Marques pondera que hoje a grande metanarrativa do direito civil é “a solidariedade e a realização dos direitos humanos em pleno direito privado” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p. 416).

lícito ao legislador ordinário ir. Em outras palavras, trata-se daquilo que em outras searas jurídicas se denomina do *princípio da proibição do retrocesso*.

### 3. CARACTERÍSTICAS DO CDC

*“É indispensável que o espírito aprenda a ser grande nas tarefas humildes, para que saiba ser humilde nas grandes tarefas”.*

*Emmanuel*

O CDC tem características que lhe conferem luz própria. Algumas delas, por terem sido absorvidas por outras leis posteriores, já não são exclusividade sua, porém, de todo modo, merecem menção.

#### 3.1. Normas principiológicas

São frequentes, no CDC, as chamadas normas principiológicas, isto é, normas que veiculam valores, estabelecem fins a serem alcançados. Aliás, o direito atual se caracteriza por utilizar, cada vez mais, conceitos abertos (também chamados de conceitos jurídicos indeterminados) e normas com conteúdo semântico flexível.

Isto é, ao lado das regras jurídicas, que operam com causas e consequências, vinculadas por um nexo de imputação, os princípios, assim como os conceitos jurídicos indeterminados, possibilitam uma alteração do direito sem que o texto de lei tenha necessariamente que mudar. Possibilitam, portanto, uma maior adequação das normas às mudanças sociais, cada vez mais velozes.

Atualmente, as decisões judiciais operam, em múltiplos casos, com a lógica do razoável, fugindo da rigidez conceitual do passado. A razoabilidade, por exemplo, pode ser vista como uma *ponte funcional* que interliga as esferas do direito e da ética.

Gustavo Tepedino esclarece: “Na experiência brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Cidade são bons exemplos de ampla utilização da técnica das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados associada a *normas descritivas de valores*”<sup>5</sup>. Paulo Lôbo sublinha que “o Código de Defesa do Consumidor é uma lei eminentemente principiológica, com vasta utilização não só dos princípios, mas de conceitos indeterminados”<sup>6</sup>.

5. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 07.

6. LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.