

LUIS ROBERTO BORGES

**A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE
RELAÇÃO DE CONSUMO**

MARILIA

2010

LUIS ROBERTO BORGES

**A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE
RELAÇÃO DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília, como exigência
parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob
Orientação do Prof.(a)Dr.(a)Maria de Fatima Ribeiro

MARILIA

2010

LUIS ROBERTO BORGES

**A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE RELAÇÃO DE
CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do (a) Prof. (a) Dr.(a) Maria de Fatima Ribeiro.

Aprovado pela Banca Examinadora em 06/08/2010

Prof.(a) Dr.(a) Maria de Fatima Ribeiro
Orientador (a)

Prof. Dr. Reynaldo Campanatti Pereira

Prof.(a)Dr.(a) Suely Fadul Villibor Flory

Agradeço ao Professor e Orientador, pelo apoio e encorajamento contínuos na pesquisa, aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Diretoria da Faculdade pelo apoio institucional.

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE RELAÇÃO DE CONSUMO

RESUMO: Muito antes da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, existem debates que exploram o consumidor como sujeito vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo. Isso porque o consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção e em consequência disto submete-se ao poder de quem os possui. A sua criação teve participação essencial no processo de conscientização da população quanto às suas condições de cidadania, sendo considerada revolucionária, em virtude de seu caráter atual, e em virtude das transformações econômicas do século XX. Deste modo o legislador criou uma série de mecanismos para que sejam atendidos outros princípios, tais como o princípio da proteção do consumidor que se desdobra nos princípios da responsabilidade objetiva e no princípio da inversão do ônus da prova. Com o presente estudo, se objetiva demonstrar que na relação de consumo, a tutela do consumidor fica a mercê da vulnerabilidade do próprio consumidor, que nas relações de consumo, por se tratar de parte hipossuficiente, ou mais fraca, acaba tendo que se submeter às condições que lhe são impostas pelos fornecedores, sempre a parte mais forte. Como metodologia, é utilizada a pesquisa bibliográfica, mediante artigos, estudos e obras escritas por especialistas. Assim, a primeira e primordial intenção é estudar e compreender características, causas e consequências da Vulnerabilidade do consumidor, bem como estudar aspectos principiológicos, históricos, legais e jurisprudenciais a respeito.

Palavras Chave: 1. Vulnerabilidade. 2. Hipossuficiência. 3. Proteção do Consumidor. 4. Contrato. 5. Relação de Consumo. 6. Código de Defesa do Consumidor

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE RELAÇÃO DE CONSUMO

ABSTRACT: Well before the Law No. 8078 of September 11, 1990, which established the Consumer Protection Code, there are discussions that explore the consumer and be vulnerable and inapt in relation to consumption. This is because the consumer has no control over productive assets and has thereby subjected to the power of who owns them. Its creation was essential participation in the process of public awareness of the conditions for its citizens, considered revolutionary, because of its present character, and because of the economic transformations of the twentieth century. Thus the legislature created a series of mechanisms so that other principles are met, such as the principle of consumer protection that unfolds the principles of objective responsibility and the principle of reversing the burden of proof. In this study, the objective is to demonstrate that the ratio of consumption to consumer protection is at the mercy of the vulnerability of consumers themselves, who in consumer relations, because it is part inapt, or weaker, ends up having to submit to conditions are imposed by providers, where the stronger party. The methodology is used literature search through articles, studies and articles written by experts. Thus, first and foremost intention is to study and understand the characteristics, causes and consequences of vulnerability of the consumer as well as reviewing principles, aspects, historical, legal and jurisprudential about.

Key words: 1. Vulnerability. 2. Hipossuficiência. 3. Consumer Protection. 4. Contract. 5. Value of consumption. 6. Code of Consumer Protection.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CODEX	Código
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
Dec.	Decreto
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MP	Ministério Público
ONU	Organizações das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONSUMERISTA	13
1.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO E SUA EVOLUÇÃO	13
1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONSUMERISTA	24
2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..	35
2.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE	38
2.2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE EXECUTÓRIA.....	39
2.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	41
2.4. PRINCÍPIO DA EQUIDADE	44
2.5. PRINCÍPIO DA IMPREVISIBILIDADE.....	48
2.6. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	50
2.7. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	51
2.8. PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	52
2.9. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO	53
2.10. PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE.....	54
2.11. PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE	54
2.12. PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE	55
2.13. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUND. DA PUBLICIDADE.....	55
2.14. PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO	55
2.15. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.....	56
3. PRINCÍPIOS DA VULNERABILIDADE	58
3.1. O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	58
3.2. ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	65
3.3. CONTROLE DE PRÁTICAS CONTRATUAIS ABUSIVAS	74
3.4. BENEFÍCIOS ALCANÇADOS PELA LEI 8078/90	77
3.5. ASPECTOS DO ENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR	82

4. CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	87
4.1. PRINCÍPIOS E FORMAÇÃO CONTRATUAL	87
4.2. DOS CONTRATOS DE ADESÃO.....	93
4.3. DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	101
4.4. DAS FALHAS EM PRODUTOS E SERVIÇOS.....	106
4.5. A TEORIA DA IMPREVISÃO.....	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS.....	121

INTRODUÇÃO

As relações contratuais muitas vezes se despersonalizam e em quase todas as relações entre empresas e clientes (consumidores) fica clara vulnerabilidade deste por conta do desnível de cláusulas contratuais que muitas vezes vai apenas à direção da vontade de empresários que visam lucro, acima de tudo e nem sempre há o relacionamento bom e de confiança com o consumidor. Por isso a intervenção estatal foi necessária nas relações de consumo, não só pelo fato da criação dos contratos de adesão, mas também pelas medidas que os países capitalistas tiveram que tomar por conta da crise de 1929, onde o economista Keynes defendia a tese de que para se sair da crise o estado deveria tomar as rédeas do mercado e controlar a livre comercialização ou *Laissez-Faire* (mão livre), daí por diante o estado mínimo trazido pelo liberalismo foi deixado para trás concentrando a maior parte das intervenções no mercado através da legislação para a retomada do crescimento do capitalismo mundial.

Observa-se, pois, que após o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo sofreu uma grande evolução em relação à tecnologia, determinando com isso, o aumento da produção de produtos, ou seja, o mercado capitalista cresceu muito e rapidamente, e com ela a velocidade na produção também aumentou consideravelmente. Ainda neste período, houve grandes evoluções no que diz respeito a tecnologia, com o término da Segunda Guerra Mundial o mundo ficou dividido entre duas grandes potências EUA e URSS, o primeiro se destacou no avanço tecnológico marcado pelos sucessivos investimentos em material bélico na tentativa de se defender, caso houvesse uma nova guerra contra a Rússia Socialista, pois o mundo ainda estava apreensivo em relação a essas duas superpotências e uma guerra nuclear (Guerra Fria). Esse avanço tecnológico voltado para a guerra trouxe significativa evolução nas indústrias, pois, permitiu que a conhecimento técnico-científico se atrelasse a produção industrial. Nessa fase produtiva o conhecimento adquirido era repassado imediatamente para o desenvolvimento industrial.

Nesse contexto, também chamado de Terceira Revolução Industrial, as relações consumeristas foram sendo alteradas pelo fato de que, permitiu o uso de tecnologia de ponta em todas as indústrias. As atividades que mais se destacaram nesse período foram: a produção de computadores, chips, circuitos eletrônicos, telecomunicação e informática em geral. Dessa forma foi possível criar produtos de maneira mais rápida e eficiente a um menor custo,

criando assim uma dinamização produtiva, além do que uma intensificação do trabalho para que os produtos fossem criados mais rápidos para um mercado cada vez mais competitivo.

Com a queda do regime socialista russo em 1989, o sistema capitalista trouxe a tona aos países subdesenvolvidos e aqueles que estavam sob sua égide o neoliberalismo que se baseia na antiga forma clássica de Liberalismo econômico onde há uma intervenção mínima do Estado nas relações produtivas e onde o mercado atua livremente nas relações de consumo. Esse contexto, também chamado de globalização, fez com que as relações de consumo se tornassem cada vez mais fácil, pois se um produto não existe no Brasil pode-se importá-lo, estreitando a relação dos consumidores com outros países e dificultando a busca por seus direitos.

Desde o processo de democratização do Estado brasileiro, muitas legislações e a reformulação da Constituição Federal tiveram que ocorrer. Dentre os princípios básicos, os direitos fundamentais de proteção foram os que mais tiveram contribuições diante as inúmeras questões abertas dentro do poder judiciário, quando se era necessária a resolução de litígios, conflitos, ou processos indenizatórios para os que recorriam à Justiça.

Observando a legalidade e a comportabilidade de se ter um processo de proteção é muito evidente que havia, até então, a necessidade da criação de lei infraconstitucional para resolver as lides ocorridas na relação de consumo, ou seja, o consumidor, não detinha nenhum instrumento que orientasse ou legitimasse as práticas de consumo e/ou venda. Com isso, o reconhecimento do CDC teve papel de suma importância no aspecto da legalidade, já que com a criação de uma Lei podia-se ter um norte, um mecanismo onde se concretizaria as penalidades contra os infratores, no caso o fornecedor.

Assim, a legislação consumerista é ramo do Direito Constitucional, independente, autônomo, ou seja, deve-se utilizar de outro ramo do direito somente quando esse Código for omissivo, de forma subsidiária. Portanto, o CDC, não é dependente do Direito Civil ou mesmo do Penal, ele surge de forma autônoma em relação a eles e aos demais ramos do direito. Submetendo-se obrigatoriamente apenas às regras da Constituição Federal, às demais somente podem auxiliá-lo de forma suplementar e complementar.

A promulgação da Lei Consumerista decorreu da previsão Constitucional prescrita no artigo 5º, XXXII que ordenava ao Estado promover na forma da lei, a defesa do consumidor. Caracterizando-se como garantia fundamental. Vale salientar que foi também determinação da nossa Lei maior no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. A lei 8078/90, vigente desde 11 de março de 1991 é uma

lei sem dúvida jovem, com idade próxima aos 20 anos. Reconhecida indiscutivelmente como um marco para as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores.

Avalia-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica em face da inexistência de tal modelo no Sistema jurídico Nacional, Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Legislação inovadora que tem como crescente a conscientização dos consumidores sobre os seus direitos e a cobrança por estes aos fornecedores que cumpram com as obrigações ao trazer para o mercado produtos e serviços. Os princípios abrigados no Diploma consumerista ratificam a importância no ordenamento jurídico.

Vale sublinhar a consagração pela Lei 8078/90 do princípio da boa-fé sempre ressaltado no Direito Privado. Entretanto com uma nova roupagem, privilegiando a boa-fé objetiva que é caracterizada pelo comportamento que é devido ao fornecedor no tocante ao que é ético e honesto na relação jurídica com o consumidor. A transparência passa a ser oriunda do princípio, podendo ser evidenciada nos artigos que permeiam o Código de Defesa do Consumidor. Urge dizer que antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo eram reguladas pelo Código Civil de 1916, fato que resultava em prejuízo ao consumidor, uma vez que o Código Civil não se destacava pela verificação da vulnerabilidade, sendo uma de suas características a aplicação entre iguais. No que cerne as relações jurídicas denominadas de Consumo, dada a fragilidade dos consumidores, necessitavam estes de uma tutela que atendessem aos interesses dos desiguais, seja por ser vulnerável economicamente, tecnicamente ou juridicamente que serão mais bem descritas no decorrer do trabalho.

O Direito do Consumidor na Legislação Brasileira passou por períodos de Desenvolvidos tecnológicos, científicos até que então tivesse a conseqüente proteção através da edição da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Uma importante parte da doutrina considera que a legislação chegou com atraso. Assim, foi dentro dessa concepção de sociedade que nasceu o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ele foi criado com o intuito de abarcar e resolver os litígios que ocorrem entre consumidores e fornecedores de produtos e/ou serviços, sob a égide da vulnerabilidade do primeiro. O consumidor é considerado mais frágil frente à capacidade técnica do fornecedor e esta fragilidade é que fez com que o legislador se preocupasse em protegê-lo.

Portanto, o Direito do Consumidor estrutura-se na vulnerabilidade do consumidor de acordo com uma igualdade material a partir do reconhecimento das desigualdades, o que

justifica, por exemplo, a inversão do ônus da prova estabelecida no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, facilitando a defesa dos interesses do consumidor em juízo.

Na verdade, analisa-se que o legislador teve a intenção de equiparar ao consumidor, as pessoas que estão expostas às práticas comerciais, sendo elas determinadas ou não. Não se trata apenas de uma equiparação eventual, aos expostos as práticas comerciais, ele vai mais além, pois havendo uma prática comercial, toda a coletividade de pessoas já está sendo atingida por ela, mesmo que não se identifique nenhuma pessoa individualmente, ou seja, as pessoas em potencial já foram atingidas pelas práticas comerciais, por isso devem ser tuteladas pelo CDC. Disso discorre-se que, não são apenas considerados consumidores aqueles que adquiriram ou utilizaram determinado bem.

Por equiparação, a coletividade também é considerada consumidora quando de alguma maneira prejudicada pelo fornecedor, seja diretamente ou indiretamente. Ou seja, não se faz necessário a ocorrência do dano direto e atual para que exista a tutela jurídica. O legislador, no CDC em seu Capítulo II - Da Política Nacional de Relações de Consumo, procurou tutelar o consumidor, por reconhecer sua vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I) nas relações de consumo, oferecendo-o respaldo com a possibilidade de intervenção estatal (artigo 4º, inciso II, alínea “c”) a fim de protegê-lo.

O objetivo da defesa do consumidor não é nem deve ser o confronto entre as classes produtora e consumidora, senão o de garantir o cumprimento do objetivo da relação de consumo, ou seja, o fornecimento de bens e serviços pelos produtores e prestadores de serviço e o atendimento das necessidades do consumidor, este, porém, juridicamente protegido pela lei e pelo Estado. O que se procura, é que exista o equilíbrio entre fornecedor e consumidor, já que se sabe que há grande desequilíbrio nas relações de consumo, este objetivo, é buscado pelo CDC. A fim de alcançar este almejado equilíbrio o legislador trouxe no texto do CDC a figura da responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova, por ter reconhecido, também, a vulnerabilidade do consumidor, que será mais bem analisada nos capítulos que se seguem.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONSUMERISTA

1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO E SUA EVOLUÇÃO

A existência dos contratos pode ser evidenciada, em seu sentido amplo, desde o momento histórico do aparecimento da espécie humana, logicamente tendo suas estipulações praticadas de uma forma muito primitiva. Seguindo o vetusto princípio romano *ubi societatis, ibi jus*¹, ensina Rizzardo² que (...) “pela circunstância do agrupamento em tribos dos seres humanos já se presume a verificação de uma concordância em um determinado comportamento, acatando os componentes do grupo certas regras comuns de convivência”.

Com o início das relações comerciais, antes mesmo do aparecimento da moeda, estas eram desenvolvidas num sistema de trocas dos mais variados produtos, envolvendo em todas estas relações, deveres e direitos de lado das partes contratantes, cabendo ressaltar, que as obrigações geradas aos contratantes eram nesta época estipuladas tacitamente.

Posteriormente, já na era da civilização, é possível a identificação de formas primitivas de contrato, sendo que, neste sentido ensina Daibert³ que:

Os hebreus conheceram o instituto do contrato antes da fundação de Roma. Na época do cativo de Nínive, Tobias deu emprestado a Gabelo, que residia na cidade de Roges, na Média, dez talentos de prata, e um quirógrafo foi redigido ficando em poder do credor. Quando Sólon pretendeu dar leis escritas aos atenienses, Anacharsis, da Scyntia, disse-lhe que era impossível reprimir, por leis escritas, a injustiça e cupidez dos homens, pois as leis serão para eles como as teias de aranha: deterrão os fracos e os pequenos; os poderosos e os ricos as romperão e passarão por meio delas. A isto respondeu Sólon que os homens guardam as convenções que fazem entre si – o que queria dizer que, já a esse tempo, os homens haviam verificado a conveniência de não deixar de cumprir a palavra empenhada, mesmo antes da lei escrita impor sanções para os transgressores das convenções.

No antigo Egito, foram descobertas algumas formas rudimentares de contratos, que se aplicavam ou para disciplinar o casamento, exigindo a sua inscrição no registro público e para estabelecer a filiação, ou para reger a translação da propriedade, que se completavam em três

¹ Onde há sociedade, há Direito.

² RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 07.

³ DAIBERT, Jefferson. Dos Contratos. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 03.

atos, equivalentes à venda, ao juramento e à tradição⁴. Até mesmo na Grécia, onde historicamente sempre predominavam as artes e as letras, conheciam-se desde os primórdios das cidades-estados Esparta e Atenas, formas rudes de relações jurídicas, especialmente ligadas ao casamento e aos bens materiais.

Porém, mesmo com os antecedentes históricos supracitados, é inegável a afirmação de que foi em Roma, onde de fato os contratos passaram a ser expressamente admitidos, em moldes que se assemelham aos contratos de hoje, tendo inclusive sua existência sido devidamente positivada, com a fluência de importantes leis, o que por consequência acabou outorgando maior poder de obrigatoriedade à obrigação do devedor para com o credor, que poderia dispor do corpo deste para cumprimento da obrigação, por força do estabelecimento do *nexum*⁵ (contrato).

Com o advento expresso do contrato no direito romano, começou a ocorrer a necessidade de formalizar tal instrumento, que necessariamente deveria atender as solenidades previstas em lei. Sobre este período segue o que dispõe Venosa⁶:

No direito Romano, convenção e pacto eram conceitos equivalentes e significavam o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de um objeto determinado. O simples acordo, convenção ou pacto, porém, não bastava para criar uma obrigação juridicamente exigível. O simples pacto não criava a obrigação. Essa noção, que vem do Direito clássico, atinge a época de Justiniano. Para que se criasse uma obrigação, havia necessidade de certas formas que se exteriorizassem à vista dos interessados. A solenidade dava força às convenções. Cada uma dessas convenções, sob certas formalidades, constituía um *contractus*. Não conhecia, portanto, o Direito Romano uma categoria geral de contrato, mas somente alguns contratos em particular.

Na época de Justiniano, quando de certo modo se unifica o conceito de contrato com o de convenção, ressaltando-se que não chegou a ser uma identificação completa, é que a vontade consegue sobrepujar o formalismo.

Portanto, na fase final do domínio do Império Romano, o acordo de vontades é o requisito principal para a validade da convenção estabelecida entre as partes, sendo que, esta só voltou a se submeter ao caráter formalista obrigatório dos contratos, quando ainda na Idade Média, tal império teve sua dinastia encerrada, e assim, as práticas medievais evoluem para transformar a *stipulatio*⁷ romana na *traditio cartae*⁸, passando-se a restabelecer a necessidade

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 08.

⁵ Nexo.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, São Paulo, Atlas, 2004, p. 379.

⁷ Originariamente, entre os romanos, a *stipulatio* designava a operação que tinha a finalidade de estabelecer a obrigação que se contraía verbalmente.

⁸ Tradição documentada.

fundamental da entrega de um documento para a completa validade da relação estabelecida entre as partes.

A influência da Igreja, e o renascimento dos estudos do direito romano, ainda na Idade Média, reafirmam a obrigatoriedade dos contratos, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Sobre as influências do direito canônico, afirma Pereira⁹:

Os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía peccatum, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os jurisconsultos canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento.

Posteriormente, precedendo-se a Revolução Francesa, os enciclopedistas lapidaram a Teoria da Autonomia da Vontade Humana, equiparando as convenções celebradas entre as partes, à própria lei para as partes contratantes.

Com a ocorrência da Revolução Francesa no ano de 1789, e a histórica vitória obtida pela classe burguesa, acabou-se por criar o Código Francês, que influenciou todas as codificações que se seguiram no século XIX. Sobre as previsões contratuais constantes no Código Francês, dispõe Venosa¹⁰:

O Código napoleônico foi a primeira grande codificação moderna. Espelha a vitória obtida pela burguesia, na Revolução de 1789, com suas conquistas políticas, ideológicas e econômicas. Neste estatuto, o contrato vem disciplinado no livro terceiro, dedicado aos 'diversos modos de aquisição da propriedade.' Como uma repulsa aos privilégios da antiga classe dominante, esse Código eleva a aquisição da propriedade privada ao ponto culminante do direito de pessoa. O contrato é servil à aquisição da propriedade e, por si só, é suficiente para essa aquisição. No sistema francês, historicamente justificado, o contrato é mero instrumento para se chegar à propriedade. O indivíduo, ao contrário do antigo regime, podia então ter plena autonomia de contratar e plena possibilidade de ser proprietário. O contrato é colocado como um meio de circulação de riquezas, antes à mão apenas de uma classe privilegiada.

Quase um século, depois da edição do Código Francês, a criação do Código Alemão, também importa em um fato de extrema relevância na evolução dos contratos em geral, pois neste diploma, começou-se a tratar o contrato como subespécie da espécie maior, que é o negócio jurídico. Além de regras para os contratos em geral, e regras aplicáveis para os

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 18.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, São Paulo, Atlas, 2004, p. 376.

contratos específicos descritos na lei (compra e venda, locação etc.), o Código alemão traz em seu bojo, regras aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, o que acaba mudando a abrangência do contrato, que por si só passa a ser veículo de consumação do negócio jurídico.

Ainda nos tempos da edição do Código Alemão, o elemento preponderante no sistema contratual é a vontade. Tal premissa passou a ter algum enfraquecimento a partir dos fins do séc. XIX, por força da necessidade da intervenção estatal no mundo da economia. Sobre este tema, seguem os ensinamentos de Theodoro Júnior¹¹:

O Estado social impôs-se, progressivamente, a partir de fins do século XIX e princípios do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia da vontade no intercâmbio negocial, e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia. A consequência foi o desenvolvimento dos mecanismos de intervenção estatal no processo econômico, em graus que têm variado, com o tempo e com as regiões geográficas, relevando extremos de uma planificação global da economia em moldes das idéias marxistas; ou atuando com moderação segundo um dirigismo, apoiado em modelo em que o controle econômico compreende uma atuação mais sistemática e com objetivos determinados; ou, ainda, elegendo uma terceira atitude de intervencionismo assistemático, caracterizado pela adoção de medidas esporádicas de controle econômico, para fins específicos.

Desde a superação do modelo do Estado Liberal, até os tempos de hoje, não existem Estados que abdicuem da atuação reguladora da economia, sendo que, o que varia entre eles, são os níveis internos e externos dessa atividade controladora.

Portanto, a necessidade desta nova postura institucional, acabou se refletindo sobre a teoria do contrato, visto que é por este meio, que o mercado implementa suas operações de circulação de riqueza. Além dos princípios clássicos, que vinham informando a teoria do contrato sob o domínio das idéias liberais, e que se mantiveram na formação desta nova concepção, foram acrescentados outros princípios, que vieram diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais¹².

Segundo Diniz¹³, “o contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes”. Assim, o contrato, com predominância da autonomia da vontade, torna-se quase que impraticável nos tempos de hoje, já que neste, as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade o que não ocorre na grande maioria dos casos, pois, os

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 02.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 03.

¹³ DINIZ, MARIA HELENA. TRATADO TEORICO E PRATICO DOS CONTRATOS. Vol. 1º, 1ª ed., Saraiva, SP, 1993, p.08

contratos em geral, são celebrados hodiernamente com pessoas jurídicas, diluindo-se assim, sua essência privada e paritária.

Nesse sentido Gonçalves¹⁴ explica:

A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum.

Face às necessidades, instituídas pela economia de massa, surgindo a necessidade de contratos impessoais e padronizados, foram necessárias modificações nos ordenamentos jurídicos, para que assim, fosse dada a devida proteção ao destinatário final do produto comercializado (consumidor¹⁵).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), contemplou pela primeira vez os direitos do consumidor, em seu art. 5º, inc. XXXII, que segue: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E ainda, também na CRFB de 1988, entre outras disposições, foi determinado no art. 48 das Disposições Transitórias que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, foi promulgada a Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, que veio a atender as necessidades de proteção da contratação em massa.

Sobre o Código de Defesa do Consumidor, segue Barletta¹⁶:

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro entrou em vigor para tutelar interesses daqueles que há muito demandavam protecionismo estatal. Trata-se de uma lei que possui princípios próprios, diversos dos constantes no Código Civil de 1916 e também no Código Civil de 2002. Toda a legislação consumerista parte do intuito tutelar do consumidor.

Dentre as normas mais importantes do Código de Defesa do Consumidor, no que tange as relações contratuais, podem ser observados o princípio geral da boa-fé, da obrigatoriedade da proposta, da intangibilidade das convenções, e por derradeiro, ao coibir a vantagem

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. vol. III, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 04.

¹⁵ Segundo o art. 2º da Lei 8.078/1990: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

¹⁶ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110-111.

exagerada do fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor, seguindo também o preceituado pelo Código Civil, reaviventa os princípios tradicionais da lesão nos contratos e da excessiva onerosidade.

Após a positivação das normas acima expostas, ocorreram importantes mudanças na interpretação dos contratos, que deve ser feita sempre de acordo com os novos princípios, expressos em lei e já afirmados anteriormente pela doutrina. Diante da edição das normas de protecionismo ao consumidor, todas as relações contratuais consumeristas devem ser analisadas sob a ótica deste diploma, que em sua estrutura traz importantes alternativas processuais no deslinde das demandas interpostas perante o Poder Judiciário, como inclusive afirma Venosa¹⁷:

Ao contrário do que o microsistema sugere, à primeira vista, os princípios tornados lei positiva pela lei de consumo devem ser aplicados, sempre que oportunos e convenientes, em todo contrato e não unicamente nas relações de consumo. Desse modo, o juiz, na aferição do caso concreto, terá sempre em mente a boa-fé dos contratantes, a abusividade de uma parte em relação a outra, a excessiva onerosidade etc., como ao regras iguais e cláusulas abertas de todos os contratos, pois os princípios são genéricos, mormente levando-se em conta o sentido dado pelo presente Código Civil. As grandes inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor residem verdadeiramente no campo processual, na criação de novos mecanismos de defesa do hipossuficiente e no tocante à responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços.

Em virtude das mudanças ocorridas no sistema legal contratual, aliando-se ao fato de que cada vez mais o Estado vem entrando na relação privada, proibindo ou impondo cláusulas, é possível se observar que o liberalismo contratual tende a desaparecer, devendo a interpretação dos contratos atuais ser procedida tanto à luz de um dever moral, quanto sob o prisma da realização do bem comum e de sua finalidade social.

O contrato, nada mais é do que um negócio jurídico bilateral, que visa criar, modificar ou extinguir direitos, caracterizando-se pela intervenção de duas ou mais pessoas, que acordam algo sobre determinada coisa, mesmo tendo interesses distintos sobre referido objeto. Neste mesmo sentido, segue a definição de Pereira¹⁸ “com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, São Paulo: Atlas 2004, p. 385-386.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.07.

A atual conceituação de contrato, não diverge muito da definição romana citada por Monteiro¹⁹:

A definição romana, formulada por Ulpiano, apesar de concisa, era extremamente correta: *es pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou, em vernáculo, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

Destarte, nos termos dos conceitos acima apresentados, bem como em consonância com a atual legislação civil brasileira, o contrato exige, necessariamente, a intervenção de duas ou mais pessoas, que chegam a um acordo de vontades sobre determinada coisa. Nesta seara, segue Monteiro²⁰:

O contrato pressupõe, destarte, necessariamente, intervenção de duas ou mais pessoas, que se põem de acordo a respeito de determinada coisa. Teoricamente, não se pode admitir a figura do contrato consigo mesmo, concebida pelo gênio especulativo (Römer, Rümelin, Kohler, Arno), mas sem apoio legal. Sem o concurso de duas pessoas, pelo menos, impossível surgir o contrato, não se podendo admitir que alguém seja, ao mesmo tempo, credor e devedor de si mesmo, o que viria a constituir verdadeira *contradictio in adjectis*.

Apenas na hipótese de o contratante intervir por si mesmo, em seu próprio nome, e como representante da outra parte contratante, será admitido o autocontrato, sem que este seja repugnado por nossa legislação.

Saliente-se, que nos termos da atual definição de contrato, este é elencado como uma espécie de negócio jurídico, conforme inclusive assevera Gomes²¹:

A genealogia do conceito de contrato sobe ao negócio jurídico, denominado entre nós ato jurídico, e daí para o fato jurídico. Nessa perspectiva, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas pessoas. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.

Sendo assim, para que seja reputado válido o contrato, devem estar dispostos também os requisitos necessários para a existência de qualquer negócio jurídico. Para os contratos, consideram-se como elementos gerais aqueles evidenciados pelo prisma genérico dos negócios jurídicos, sendo assim obrigatória a presença dos mesmos, pois estes se tratam de elementos legais fundamentais para a validade de qualquer negócio jurídico, inclusive os contratos.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 04.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 04-05.

Observe-se, que cada espécie de contrato poderá conter peculiaridades para outorga de sua validade, dividindo-se estas em elementos naturais que decorrem da própria razão de ser do negócio jurídico, e ainda, elementos acidentais que são os que se acrescentam aos negócios jurídicos para modificar alguma de suas características naturais²². Os elementos gerais, que como já dito são fundamentais para a validade de qualquer negócio jurídico, entre eles como principal os contratos, são: a capacidade do agente; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Em linhas gerais, a legislação pátria não permite que participem de qualquer relação contratual os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Portanto, a capacidade das partes consiste na possibilidade de contrair em nome próprio obrigação, como inclusive disciplina Sampaio²³: “Capacidade das partes consiste na aptidão para, em nome próprio, contrair obrigações e adquirir direitos (trata-se aqui da capacidade de fato ou de exercício e não de direito ou gozo que decorre da personalidade jurídica)”.

Cumprido ressaltar, que a incapacidade do agente deve ser sempre expressa por lei, nos termos do disposto por Ruggiero²⁴:

Tal como sucede para a capacidade geral de agir, da mesma forma para a de contratar o princípio fundamental é o de que a capacidade constitui a regra e a incapacidade a exceção. Isto significa não já que raros ou poucos sejam os casos de incapacidade (porque são muitas e numerosas as categorias de pessoas que se englobam entre os incapazes), mas sim e apenas que a incapacidade deve, como exceção declarada por lei.

Assim, a capacidade do agente é elemento necessário para a validação de qualquer relação contratual, devendo qualquer caso de incapacidade estar previsto legalmente, para que seja considerado no mundo jurídico.

Este elemento geral, que tem também caráter essencial para a validade do contrato estabelecido, deve ser avaliado sempre como a exata prestação que o devedor deve cumprir em face do credor.

Sobre as características de licitude e possibilidade inerentes ao objeto, assevera Diniz²⁵:

²¹ GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 04.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, São Paulo: Atlas 2004, p. 448.

²³ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil: contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

²⁴ RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil; tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio, atualização por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 320-321.

O negócio jurídico válido deverá ter, como diz Crome, em todas as partes que o constituírem, um conteúdo legalmente permitido. Deverá ser lícito, ou seja, conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral. Se tiver objeto ilícito será nulo (CC, art. 166; RT, 395:165). É o que ocorrerá, p. ex., com a compra e venda de coisa roubada. Deverá ter ainda objeto possível, física ou juridicamente. Se o ato negocial contiver prestação impossível, como a de dar volta ao mundo em uma hora ou de vender herança de pessoa viva (CC, art. 426), deverá ser declarado nulo (CC, arts. 104, II, 243 e 252).

Esse mesmo objeto, que deve estar investido de licitude e possibilidade, deve obrigatoriamente ser determinado, ou ao menos determinável, visto que este deve ser apreciável economicamente, pois não há previsão legal para contrato de transmissão provisório ou definitiva do bem de valor vil ou desprovido de economicidade²⁶.

Sobre a determinação do objeto da relação contratual, afirma Pereira²⁷:

A determinação dá-se pelo gênero, pela espécie, pela quantidade, pelas características individuais da res debita. Quando não está o objeto desde logo determinado, é mister venha a sê-lo, quer por ato dos contratantes ou de um deles, quer pela ação de terceiro, quer por fato impessoal. A determinação pode constar do contrato ou de instrumento à parte. Mas se o objeto for definitivamente indeterminável, o contrato é inválido, como o seria pela ausência completa de objeto.

Portanto, à luz da legislação aplicável para as relações contratuais celebradas no Brasil, é imprescindível para a validade deste negócio jurídico, que o mesmo verse sobre objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Forma é a maneira como a vontade interna se exterioriza, posto que a mesma, enquanto não é exteriorizada, nada significa no mundo jurídico. Sobre a necessidade da forma para que seja exteriorizada a vontade das partes contratantes, bem como sobre a ausência de rigorismo formal nas relações contratuais celebradas hodiernamente, segue o disposto por Venosa²⁸:

O contrato, como negócio jurídico, traz a manifestação de duas vontades que se encontram. Para isso, é necessário que essa vontade contratual se exteriorize de alguma forma. No direito antigo, impunha-se uma série de formalidades, presenciadas por testemunhas. Estas, presentes aos atos, atestariam sua existência e validade. As formalidades tornavam os atos solenes e, como tal, impunham-se à sociedade. No velho Direito Romano, a forma era a regra, em que a menor desobediência implicava nulidade do ato.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.128-129.

²⁶ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 34.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, São Paulo: Atlas, 2004, p. 456.

Os rituais substituíram a escritura. À medida que se expandem as relações mercantis, seu dinamismo não mais permite prisão à forma.

Em regra geral, a forma do contrato, bem como a de qualquer negócio jurídico, não exige peculiaridades, sendo que, nos que as solenidades específicas existirem, estas devem ser respeitadas para que se atinja a validade do contrato, conforme segue Diniz²⁹:

Às vezes será imprescindível seguir determinada forma de manifestação de vontade ao se praticar ato negocial dirigido à aquisição, ao resguardo, à modificação ou extinção de relações jurídicas. O princípio geral é que a declaração de vontade independe de forma especial (CC, art. 107), sendo suficiente que se manifeste de modo a tornar conhecida a intentio do declarante, dentro dos limites em que seus direitos podem ser exercidos. Apenas, excepcionalmente, a lei vem a exigir determinada forma, cuja inobservância invalidará o negócio.

Isto posto, sempre que a lei não proibir, as partes poderão adotar a forma que preferirem para contratar. Porém, quando a lei impuser determinada forma, esta deverá ser observada, sob pena de nulidade.

Além dos elementos gerais utilizados em todos os atos jurídicos, os negócios jurídicos em geral, e principalmente os contratos, possuem como característica necessária o consentimento ou acordo de vontade entre as partes. Isto é, para o aperfeiçoamento da relação sinalagmática estabelecida entre as partes, é mister que ocorra a convergência de vontade dos declarantes.

É obrigatória a presença da espontaneidade para a validade do consentimento, sob pena de se assim não ocorrer, eivar-se de ilegalidade o contrato celebrado. Sobre a necessidade de o consentimento ser livre, segue Gonçalves³⁰:

O consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa e o empréstimo do prédio locado dependem de consentimento, por escrito, do locador.

É mister ressaltar, que o elemento geral do consentimento não se encontra capitulado explicitamente em nossa legislação como necessário para a validade do contrato, porém, a necessidade deste elemento é inerente a vários dispositivos legais, que acabam por acrescentar o consentimento como mais um requisito primordial dos contratos.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

O consentimento pode ser dividido em expresso ou tácito. Quanto a primeira espécie de consentimento, esta se externa verbalmente, por escrito, e através de gestos e sinais, que indiquem o consentimento da parte em um determinado sentido. Quanto ao consentimento tácito, este decorre de certos fatos que autorizam o seu reconhecimento, sempre através de uma circunstância que seja indicativa da vontade do agente. Existe ainda em nossa legislação, a possibilidade do silêncio importar em consentimento da parte, importando assim em uma declaração ficta ou presumida, sendo, todavia, a exceção a regra de validade do consentimento em nosso sistema contratual, como afirma Daibert³¹:

Há raríssimos casos em que o silêncio importa, legalmente, em consentimento. Exemplos: a lei que dá preferência ao inquilino, se dentro de trinta dias não se manifestar, o seu silêncio importará no desinteresse; na doação pura, findo o prazo para o donatário dizer se aceita ou não, o silêncio importa no consentimento; já na doação com encargo, o silêncio no prazo para a aceitação implica renúncia do donatário. O silêncio como forma de manifestação de vontade, com validade jurídica, não será invocado quando estipulado, expressamente, pelos contratantes ou quando imposto pela lei. Nestas condições e pelos exemplos citados, vimos que o silêncio pode importar em aquisição ou renúncia de direitos.

Por derradeiro, anote-se que em virtude de que qualquer relação contratual importa em interesses de duas ou mais partes, é clarividente a necessidade do consentimento para a validade de tal negócio jurídico, visto que este será a anuência da parte para a celebração do contrato, que de alguma forma deve ser o centro dos interesses das partes contratantes.

Seria ainda importante mencionar algo acerca dos contratos de adesão e as cláusulas abusivas, para que se possa melhor entender suas funções e os fundamentos. Na ótica do autor Saleilles, citado por Rosa³² em sua obra, o contrato de adesão, o assunto é visto desta seguinte forma:

[...] cedo ou tarde o direito se inclina frente às nuances e às divergências que as relações sociais fazem surgir. Há pretensos contratos que não têm de contrato senão o nome, e do qual falta elaborar a construção jurídica. Não seria a isto que se pode chamar contratos de adesão.

Faltam os meios nos quais há a predisposição exclusiva de uma só vontade, agindo como que unilateralmente, que dita sua lei não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada e que se obriga agora a avançar unilateralmente, salvo a adesão daqueles que queiram aceitar a lei do contrato e se ampara nesta obrigação já criada sobre eles próprios.

³¹ DAIBERT, Jefferson. Dos Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 28.

³² ROSA, Josimar Santos. Contrato de Adesão. São Paulo: Atlas, 1994, P.32

Já, o entendimento do doutrinador Pereira³³ é no sentido de que “chamam-se contratos de adesão àqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provem do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”. Contrato de adesão é originado através de uma relação de consumo, ou seja, uma relação formada por consumidores.

Para que se possa dar continuidade nos assuntos posteriormente abordados no estudo, deve-se explicar o que vem a ser uma cláusula abusiva. Para a doutrinadora, Marques³⁴, a cláusula abusiva pode se caracterizar da seguinte forma:

A concepção e a redação unilateral pelo fornecedor do conteúdo do contrato, como convida à elaboração de cláusulas que primem pela unilateralidade dos direitos que assegura, garantindo vantagens somente para o fornecedor de bens e serviços, quebrando o equilíbrio do contrato e enfraquecendo ainda mais a posição contratual do consumidor.

São as chamadas cláusulas abusivas, as quais incluídas em contratos de adesão ou em condições gerais dos contratos vão ser oferecidas à aceitação pelos consumidores.

E para finalizar, não se pode deixar de explanar sobre o que vem a ser o Código de Defesa do Consumidor. Nesse norte, a autora Marques³⁵:

O Código de Defesa do Consumidor representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de ordem pública, que começou a vigorar em 11 de setembro de 1990, através de disposição constitucional, com a finalidade de dar proteção e assegurar os direitos dos consumidores, e por se tratar de lei, nem mesmo o acordo entre as partes pode contrariá-la. A lei estabelece direitos e obrigações dos consumidores e fornecedores com a finalidade de dar maior equilíbrio nas relações contratuais de consumo, evitando assim, que os consumidores considerados, a parte mais frágil, sofram qualquer tipo de dano ou prejuízo, e que fiquem a mercê, sem direito a defesa.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CONSUMERISTA

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1996, P.43

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p.147

Analisando anteriormente a evolução dos contratos, se percebe que duas correntes filosóficas não se podem ignorar: a Escola Contratualista e a Escola do Direito Natural. A Escola Contratualista, assim como o próprio nome já diz, defende os contratos como objeto do acordo e da fé pactuada, dando margem para que se manifestem os princípios do consensualismo e da autonomia da vontade. Já a Escola do Direito Natural, individualista e racionalista, tem como princípio, defender os contratos como um consenso dependente da vontade das partes, que conseqüentemente, acaba por se tornar lei entre elas.

Conforme a doutrinadora Mandelbaum³⁶: “na contratação tradicional, clássica, à vontade dos contraentes, formalizando um acordo, passava a gerar obrigações, correspondendo à oferta uma aceitação; oferta e aceitação eram atitudes direcionadas pelas partes”. A referida doutrinadora ressalta que a partir do acordo das partes, ou seja, da formalização contratual, tal contrato passa a gerar obrigações, as quais, as partes deverão respeitar.

Existe ainda, na evolução histórica, o conceito moderno, também considerado acordo de vontades, mas fica presa na Ideologia Individualista dominante; enfim um binômio entre a obrigatoriedade aliada a vontade das partes. Descreve Rosa³⁷ que “uma verdadeira revolução interna fora promovida; face ao advento de novas formas de contratação, os interesses considerados na harmonia da vontade das partes deram lugar a um princípio preconcebido”.

O que era a liberdade das transações fora substituído pelo dirigismo contratual, apesar dos casos isolados que existem; onde demonstram o que desejam as partes, bem como algumas particularidades dos contratantes. É uma realidade incontroversa que as relações de consumo aumentaram de maneira grandiosa e interessantíssima no transcorrer dos tempos. O que no início não passava de simples permuta de mercadorias para satisfazer as necessidades de sobrevivência das pessoas, atualmente passa a ser reconhecida como operação de compra e venda, em meio a outras diversas formas de contratos.

Neste sentido, a respeito do assunto em questionamento importante o que destaca Rosa³⁸:

A evolução do meio comercial, por seu turno, permitiu uma nova adequação do sistema contratual ao critério básico estabelecido pelo consumismo que, em decorrência da ampliação de suas bases, passa a depender de métodos mais eficientes e com reconhecida capacidade de manipulação dos interesses dos contraentes.

³⁵ Idem, 2002, p.222

³⁶ MALDELBAUM, Renata. Contratos de Adesão e Contratos de Consumo, São Paulo: RT, 1996, p.107

³⁷ ROSA, Josimar Santos. Contrato de Adesão. São Paulo: Atlas, 1994, p.31

Todas essas alterações, como conseqüência, transformam o pensamento do consumidor, que lutou e continua lutando cada vez mais para mudar a situação onde era meramente desprotegido, para exigir respostas da Lei a seu favor para maior proteção em suas transações contratuais.

Para facilitar o entendimento sobre as mudanças ocorridas na evolução contratual, tem-se a afirmação de Bonatto³⁹:

Esta situação de desequilíbrio, todavia, é prejudicial para o convívio harmônico como um todo, pois fere o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual surgiu o Código de Defesa do Consumidor, como forma de igualar integrantes da relação de consumo, munindo o consumidor de arma eficaz para a obtenção de respeito e, conseqüentemente, de forma para impor sua vontade.

Conforme se pode observar na citação acima, a criação do CDC foi de extrema importância para as relações contratuais e de suma importância para a parte mais fraca desta relação que é o consumidor, visto que anteriormente ao surgimento do Codex do Consumidor, o mesmo não tinha onde se apegar para buscar a tão esperada igualdade e dignidade.

Para se analisar o direito consumerista brasileiro, deve-se reportar ao século XVIII, quando acontece a Revolução Industrial, pois a partir dela, houve grande mudança na forma de pensar e agir das sociedades. Assim explica Saad⁴⁰, nesta época, antigas idéias de organização social e poder, cedem lugar ao liberalismo, e com ela a crença de que o desenvolvimento social está diretamente relacionado à liberdade do indivíduo diante de suas ações.

Conforme assevera Nunes⁴¹ o liberalismo econômico influenciou e transformou política e economicamente muitos países do mundo, trazendo ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Foi a burguesia francesa que trouxe essas idéias à “sua” sociedade, entretanto esses ideais também serviram para iludir o povo, de maneira a fazê-los acreditar, de que todos eram iguais. Fase do surgimento das grandes codificações que se iniciaram com o Código Civil de Napoleônico de 1804.

A respeito dessa época Holthausen⁴² tem a seguinte opinião:

³⁸ ROSA, Josimar Santos. Contrato de Adesão. São Paulo: Atlas, 1994, P.31

³⁹ BONATTO, Claudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. Princiologia, Conceitos, Contratos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.30/31

⁴⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 3 ed. São Paulo: LTr. 1998. p. 28

⁴¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 70.

⁴² HOLTHAUSEN, Fabio Labot. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Operações Bancárias. Ajuris. mar 1998. 2v. p. 705.

Com as grandes mudanças nas relações comerciais e com a formação de uma sociedade de consumo, principalmente após a revolução industrial, que se caracterizou pela produção em massa e modernização dos setores comerciais e industriais (...), houve a necessidade da intervenção estatal com seu poder cogente nas relações consumeristas, para tutelar os consumidores.

Como bem explana Nunes⁴³ o Código Civil de 1916 já tinha sofrido influência desse liberalismo, como, por exemplo, na autonomia da vontade, na liberdade de contratar e fixar cláusulas, como o *pacta sunt servanda*. Nessa época, ou seja, início do século XX instaurou-se o modelo de produção que está alcançando seu ápice nos dias de hoje. Esse modelo é o da massificação, ou seja, fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, fazendo com que os custos diminuam e que se atinjam maior número de pessoas com o aumento da oferta, etc.

Percebe-se claramente esse modelo de produção nos dias atuais, onde se busca produzir o maior número de produtos, em menor tempo e por um custo cada vez mais baixo, atingindo assim maior número de consumidores. Em relação à este sistema de produção em massa e a necessidade da intervenção do Estado nas relações de consumo Marques⁴⁴ leciona:

Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos. Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente (...). Ao Estado coube, portanto, intervir nas relações de consumo, reduzindo o espaço para a autonomia de vontade, impondo normas imperativas de maneira a restabelecer o equilíbrio e a igualdade de forças nas relações entre consumidores e fornecedores.

Nunes⁴⁵ esclarece, ainda que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo sofreu uma grande evolução em relação à tecnologia, com isso a produção de produtos, ou seja, o mercado capitalista cresceu muito e rapidamente, e com ela a velocidade na produção também aumentou consideravelmente. No fim do século XX, por volta de 1989, quando caíram os últimos regimes não capitalistas, a globalização alcançou praticamente todos os países do mundo. Esse contexto, de produção em série, fez com que, primeiramente, os fornecedores começassem a se preocupar com um maior número de pessoas, criando contratos-padrão e

⁴³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 70.

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 27.

⁴⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 70.

formulários, que vieram após algum tempo a serem conhecidos como contratos de adesão, de forma unilateral, ou seja, sem a interferência dos consumidores, deixando o mesmo sem escolha, principalmente quando trata-se de produtos ou serviços necessários à vida cotidiana.

Com a globalização e o surgimento da produção em série, fez-se necessário uma nova maneira de encarar o direito consumerista, e foi dentro dessa concepção de sociedade que nasceu o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O mesmo autor, Nunes⁴⁶, acrescenta que, o CDC surgiu no auge de uma evolução da sociedade capitalista, que teve início muito antes. No século XIX as bases jurídicas estavam diretamente ligadas ao liberalismo econômico e às grandes codificações, que começaram com o Código Napoleônico de 1804. Com as Grandes Guerras, a rapidez da industrialização e o surgimento da sociedade de massas houve a necessidade de se elaborar normas que protegessem o consumidor.

Como explica Benjamin⁴⁷:

O grande desenvolvimento econômico que caracterizou o período pós-segunda guerra mundial – com a massificação da produção e o comércio – propiciou, além da melhoria do padrão de vida do cidadão, o surgimento do Direito do Consumidor.

Tornou-se necessário então, um Código que regulasse questões pertinentes às relações de consumo, pois o Código Civil, não abarcava tais questões.

Comenta a esse respeito Marques⁴⁸:

A lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor ou CDC, entrou em vigor em 11 de março de 1991, representando uma considerável inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma verdadeira mudança na ação protetora do direito. De uma visão liberal e individualista do Direito Civil, passamos a uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no mercado.

Com o advento do CDC, a proteção ao consumidor tornou-se bem visível e substancial, o código buscou o bem social e o equilíbrio entre as partes da relação de consumo. Grinover⁴⁹ lembra ainda que na Resolução nº 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, está a origem dos direitos básicos do

⁴⁶ Idem, 2000. p. 69 e 70.

⁴⁷ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. O direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. 660v. p. 54.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 26 e 27.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2000. p. 10.

consumidor. A gênese dos direitos do consumidor foi proferida pela ONU em 1985, e 05 (cinco) anos após, o Brasil já tinha seu direito consumerista compilado em lei.

A mesma autora, Grinover⁵⁰, ainda sustenta a respeito da influência de outros Códigos:

A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do Projet de Code de la Consommation, redigindo sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Lei nº 26/1984), de Portugal (Lei nº 29/81, de 22 de agosto), do México (Lei Federal de Protección al Consumidor, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (Loi sur la Protection du Consommateur, promulgada em 1979).

E foi a partir de todas essas influências que surgiu o Código, que é considerado um dos mais completos e bem feitos do mundo. Assim, a necessidade de um código que protegesse o consumidor foi prevista na CRFB, em seu artigo 5º, inciso XXXII, no artigo 170, V e nos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 48, como se vê a seguir.

Grinover⁵¹ expõe o fundamento legal para a criação do CDC. Foi a Assembléia Nacional Constituinte, que optou por codificar as normas de consumo no Brasil, ela está prevista no corpo da CRFB, quando tratou dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelecendo no inciso XXXII do artigo 5º, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O legislador ainda reforçou no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinando que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

No mesmo sentido Sharp Junior⁵² lembra que encontramos também, este desejo do legislador no artigo 170, inciso V da CRFB, quando estatuiu que a ordem econômica devesse observar determinados princípios fundamentais, dentre eles a defesa do consumidor.

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V – defesa do consumidor.

Foi desse preceito previsto na lei magna brasileira que nasceu o CDC em 1990, porém deve-se destacar sua intempestividade, já que o texto legal previu que o CDC fosse elaborado em 120 dias, e o mesmo só veio a existir no mundo jurídico quase dois anos depois, sabendo-se ser a carta de 1988.

⁵⁰ Idem, 2000. p. 10.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 08.

⁵² SHARP JUNIOR, Ronald A.. Código de Defesa do Consumidor Anotado. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002. p. 01.

Grinover⁵³ comenta sobre a necessidade da codificação da matéria. É de grande importância que o assunto seja regulado por um Código, pois assim o mesmo se torna mais homogêneo e coerente, o que possibilita a autonomia de tal ramo do Direito, além de clarificar e simplificar o regramento legal da matéria.

Leis esparsas já não estavam mais resolvendo as questões pertinentes ao direito consumerista, além de que, por ter autonomia esse segmento do direito, se fez necessário um código próprio.

É do Estado a responsabilidade de proteger e representar o grupo social mais fraco, para que se almeje o equilíbrio da sociedade.

Como bem pondera Reale⁵⁴:

O Estado deve sempre ter em vista o interesse geral dos súditos, deve ser sempre uma síntese dos interesses tanto dos indivíduos como dos grupos particulares. Se considerarmos, por exemplo, os vários grupos organizados para a produção e circulação das riquezas, necessário é reconhecer que o Estado não se confunde, nem pode se confundir, com nenhum deles, em particular, porquanto cabe ao governo decidir segundo o bem comum o qual, nessa hipótese se identifica como o “interesse geral dos consumidores”. A autoridade do Estado deve manifestar-se no sentido da generalidade daqueles interesses, representando a totalidade do povo.

Deve-se sempre no direito pátrio o respeito a CRFB pois esta, tem a hierarquia suprema no sistema de leis brasileiro. Como elucida Nunes⁵⁵ averbando a respeito da hierarquia constitucional: “A hierarquia vai permitir que a norma jurídica fundamental (a Constituição Federal) determine a validade de todas as demais normas jurídicas de hierarquia inferior”.

Nunes⁵⁶ comenta, ainda, acerca da autonomia do CDC, o mesmo foi criado como um subsistema, próprio, e é autônomo em relação às demais normas, a partir dele, as relações de consumo devem ser embasadas e resolvidas, é um subsistema independente dentro do sistema maior da CRFB. Portanto, apenas não o utilizamos, em se tratando de relações consumeristas, quando houver no CDC algum tipo de lacuna que os obrigue a agir de forma diversa, caso contrário não há razão para não lançarmos mão do mesmo.

Ele foi criado com o intuito de abarcar e resolver os litígios que ocorrem entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, sob a égide da vulnerabilidade do

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 09.

⁵⁴ REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 327.

⁵⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 07

⁵⁶ Idem, 2000. p 71.

primeiro. O consumidor é considerado vulnerável frente à capacidade técnica do fornecedor. Esta vulnerabilidade é que faz com que o legislador se preocupe em protegê-lo. O CDC é ramo do direito constitucional, independente, autônomo, ou seja, deve-se utilizar de outro ramo do direito somente quando o CDC for omissivo, de forma subsidiária.

Nunes⁵⁷ sustenta a importância do subsistema consumerista da seguinte forma:

Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior – sendo aplicável às outras normas apenas de forma supletiva e complementar.

Ou seja, o CDC, não é dependente do direito civil ou mesmo do penal, ele “vive” de forma autônoma em relação a eles e aos demais ramos do direito. Submetendo-se obrigatoriamente apenas as regras da CRFB, às demais somente podem auxiliá-lo de forma suplementar e complementar. A respeito desta autonomia do CDC Nunes⁵⁸ esclarece: “É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro”.

Ainda, a respeito da autonomia do CDC, Grinover⁵⁹ discorre que se pode considerar a preocupação com a proteção e defesa do consumidor, como um dos temas mais atuais do direito em todo mundo. É um instituto novo, já que pouco falado e difundido no século XIX e em grande parte do século XX.

E completa, ensinando que com o surgimento de um novo modelo de associativismo, onde na sociedade de consumo há um crescente número de produtos e serviços a disposição dos consumidores e tendo tantos empecilhos e dificuldades de acesso à justiça, surgiu e desenvolveu-se o Direito consumerista, como uma disciplina jurídica autônoma. O tema por ser atual, ainda concebe inúmeras discussões, mas é certo que o direito consumerista, é uma grande conquista das nações, importa a todos e cada vez está mais presente entre nós.

Acerca das relações consumeristas Grinover⁶⁰ comenta que, relações de consumo são relações jurídicas por excelência, já que são regidas por normas legais, que devem ser respeitadas. Entretanto, pode-se diferenciar das relações jurídicas que estão sob a égide do Código Civil Brasileiro (CCB), pois o CDC procura tratar desigualmente os desiguais,

⁵⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000, p.69

⁵⁸ Idem, 2000. p. 69.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 06.

⁶⁰ Idem, 2000. p. 28.

levando-se em conta que o consumidor é parte vulnerável na relação de consumo e encontra-se em situação manifestamente inferior em relação ao fornecedor de produtos e serviços.

Para Sharp Junior⁶¹, a relação de consumo é formada pelo vínculo entre fornecedor, consumidor e o objeto, a este respeito o autor preceitua que:

O CDC está delimitado, em seu campo de incidência, pela noção de relação de consumo, isto é, o vínculo formado entre o fornecedor e o consumidor, sendo seu objeto a circulação de produtos e serviços, para a destinação final.

Grinover⁶² classifica os requisitos, sem os quais não se forma uma relação de consumo, esta relação:

Envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (“consumidor”), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (“produtor/fornecedor”); tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; o consumidor não dispende, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Considerando, ainda, os requisitos da relação de consumo Lisboa⁶³ assevera que:

Somente haverá relação de consumo, se de forma cumulativa: a) em um dos pólos da relação se encontrar sujeito de direito ou ente despersonalizado que venha a se enquadrar na situação jurídica de fornecedor; b) no outro pólo da relação se encontrar sujeito de direito que venha a se enquadrar na situação jurídica de consumidor; c) o objeto mediato da relação jurídica for um produto ou um serviço.

Lisboa⁶⁴ conclui o pensamento da seguinte forma: “Ausente algum desses requisitos, a relação jurídica em questão não será de consumo, porém de outra espécie (civil, comercial, administrativa, tributária, trabalhista)”. Para De Lucca⁶⁵, relação jurídica de consumo “é aquela que se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo”

A respeito da atividade empresarial, e atividade de compra venda entre particulares, Amaral Junior⁶⁶ ensina em seu livro que “(...) os bens ou serviços devem ser colocados no mercado por alguém que se encontre no exercício de sua atividade empresarial”, de modo que

⁶¹ SHARP JUNIOR, Ronald A.. Código de Defesa do Consumidor Anotado. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002. p. 11.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 28.

⁶³ LISBOA. Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho agrário, locação, autor. 2. Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000. p. 296 e 297.

⁶⁴ Idem, 2000. p. 297.

⁶⁵ DE LUCCA, Newton. Direito do Consumidor. São Paulo: Quartier Latin. 2003. p. 106.

“a relação de consumo não ocorre entre comerciantes ou particulares apenas”. De tudo isto, pode-se perceber que, para a existência de uma relação jurídica, não se faz necessário apenas de um lado o fornecedor e de outro o consumidor, é imprescindível também a existência do bem (produto ou serviço).

O legislador já trouxe no próprio texto legal a definição de consumidor, que se encontra no artigo 2º do CDC, a seguir:

Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Para Grinover⁶⁷, consumidor é: “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço”. Ainda Grinover⁶⁸, acerca da inclusão ou não das pessoas jurídicas no conceito de consumidor, disserta que estas têm:

“força suficiente para sua defesa (...). Prevaleceu, entretanto, a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como “consumidores” de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa”.

Acredita, entretanto Grinover⁶⁹ que “as pessoas jurídicas não deveriam entrar no conceito de consumidor, a não ser aquelas que não tiverem fins lucrativos, pois para ela consumidor é a parte fraca economicamente da relação de consumo”. Nunes⁷⁰ discorda dessa conceituação, quanto à exclusão da pessoa jurídica no conceito de consumidor, pois para ele:

Consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica. Quanto a esta última, como a norma não faz distinção, trata-se de toda e qualquer pessoa jurídica, quer seja uma microempresa quer seja uma multinacional, pessoa jurídica civil ou comercial, associação, fundação etc.

O mesmo autor lembra que, a lei fala em “adquirir” e que esta expressão deve ser interpretada de forma ampla, seja onerosa ou gratuitamente. E ainda, o texto legal se refere a “utilizar”, ou seja, é também consumidor, aquele que apesar de não ter adquirido o produto ou o serviço, utiliza-o ou o consome.

⁶⁶ AMARAL JUNIOR, Alberto do. Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3v. 1993. p. 107.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 27.

⁶⁸ Idem, 2000. p. 28.

⁶⁹ Idem, Ibidem, 2000. p. 28.

⁷⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 78.

Em se tratando de destinatário final, Nunes⁷¹ concebe a seguinte idéia:

O CDC regula situações em que haja “destinatário final” que adquira produto ou serviço para uso próprio sem finalidade de produção de outros produtos ou serviços; regula também situações em que haja “destinatário final” que adquira produto ou serviço com finalidade de produção de outros produtos ou serviços, desde que o produto ou serviço, uma vez adquiridos, sejam oferecidos regularmente no mercado de consumo, independentemente do uso e destino que o adquirente lhes vai dar; o CDC não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um “destinatário final”, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço e via de regra, não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas como de produção, o consumidor comum não o adquire.

Percebe-se disso, que existem várias maneiras de identificar o consumidor, influencia nesta identificação, como o mesmo adquiriu o produto ou serviço, depende também de que maneira esse produto foi colocado no mercado. Segundo Nunes⁷² tem-se também a extensão da definição de consumidor, que se encontra no parágrafo único do artigo 2º e nos artigos 17 e 29 do CDC.

Art. 2º: (...). Parágrafo Único: Equipara-se à consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Segundo esta norma legal, o conceito de consumidor é ampliado à coletividade de pessoas, mesmo que estes não possam ser identificados individualmente, porém é necessário que tenham participado de alguma maneira da relação de consumo.

⁷¹ Idem, 2000. p. 87 e 88.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por longo tempo, a teoria do Direito considerou o ordenamento jurídico como sendo constituído, apenas, por normas. A evolução da teoria geral do direito, contudo, tem revelado que os sistemas jurídicos não são compostos apenas por normas. As definições e os preâmbulos normativos integram o ordenamento jurídico, exercendo profunda influência sobre a atividade interpretativa.

Para Cretella Júnior “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.”⁷³ No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios são sua principal base, e por isso, antes mesmo das normas, deve-se preocupar-se em respeitá-los. Se houver uma norma que vá de encontro a algum princípio jurídico, este prevalece sobre aquela. Disso, percebem-se os motivos de estudá-los.

Mello⁷⁴ a respeito da importância dos princípios tem o seguinte pensamento:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência (...). Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão o princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Ainda, acerca da importância dos princípios na regulação das relações abarcadas pelo código consumerista, Grinover⁷⁵ esclarece que o CDC “é lei principiológica. (...). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica”.

⁷² Idem, *Ibidem*, 2000. p. 88.

⁷³ CRETELLA Júnior, José. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Brasília - ano 25 -nº 97, janeiro a março de 1988. p.07.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1992. p. 230.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 432.

Os princípios constituem “linhas diretivas que infirmam e iluminam a compreensão de segmentos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fato agregador num dado feixe de normas”.⁷⁶ O direito, conforme Berman⁷⁷, por comportar variadas interpretações, “não prescinde da aplicação dos princípios como normas direcionadoras na busca do melhor sentido” e “atuam como verdadeiros vetores que exercem papel de orientação na interpretação do ordenamento jurídico”.

Acrescenta Canotilho, que “os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica, complementando que são verdadeiros standards nas exigências de justiça”.⁷⁸ Ressalte-se que a função interpretativa do princípio no ordenamento jurídico como “enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito, e por isso mesmo, segundo Berman, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. Conclui-se, portanto, que as demais normas devem estar em consonância com os princípios expressos e implícitos no sistema por serem esses verdadeiros guias.⁷⁹ Portanto, sempre se utiliza dos princípios para a solução de quaisquer questões surgidas na interpretação do Direito. Neste sentido, tanto na Constituição Federal como na Lei nº 9.784/99, podem se encontrar os princípios aplicáveis à administração pública e conseqüentemente ao processo administrativo previdenciário fiscal. Tais princípios ainda se prevêm em importantes normas elencadas nas Leis nº 8.212 e 8.213, de 1991 e nos Decretos nº 3.048, 1999 – Regulamento da Previdência Social e nº 70.235, de 1972. A Lei de Introdução ao Código Civil, aplicável a todo ordenamento jurídico, também prescreve em seu artigo 4.º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. Já referente aos procedimentos fiscais e aos processos administrativos fiscais, encontra-se guia no Decreto nº 70.235/72, que em virtude da Lei 11.457/07, passa a regulamentá-los.

Para diferenciação das regras e princípios, Canotilho⁸⁰, após destacar a complexidade da tarefa, sugere os critérios:

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 90.

⁷⁷ BERMAN, Vanessa Carla Vidutto. Processo administrativo fiscal previdenciário. 2008. Dissertação apresentada como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito Previdenciário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁷⁸ CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª, Coimbra: Almedina, ed 2003, p.1160

⁷⁹ BERMAN, Vanessa Carla Vidutto. Processo administrativo fiscal previdenciário. 2008. Dissertação apresentada como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito Previdenciário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

- Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;

- Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta;

- Caráter de fundamentabilidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípios do Estado de Direito);

- Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na idéia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal;

- Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Complementa Berman⁸¹, afirmando que a distinção entre regras e princípios indica ser a mais adequada na medida em que os princípios são aplicados não por subsunção, no sistema do tudo ou nada das regras, mas sim aferindo a dimensão de peso no caso concreto, mediante critérios de proporcionalidade. Para ela, somente esta teoria consegue expor a razão de uma norma ser balanceada com outra contrária, sem ser violada ou declarada inválida.⁸² Ainda Medauar, aborda que em Direito, os princípios são vistos como fórmulas, onde estão contidos os pensamentos diretores de um ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico.⁸³

Sendo a Lei 8.078/90, uma norma de ordem pública e voltada ao interesse social, geral e principiológica a mesma prevalece sobre as demais normas especiais anteriores que com ela conflitam. Pode-se desta maneira interpretar, pois existe no ordenamento jurídico do Brasil a preponderância dos princípios, além do que está previsto no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que prevê:

Art. 2º: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º - A lei posterior revoga a anterior quando

⁸¹ BERMAN, Vanessa Carla Vidutto. Processo administrativo fiscal previdenciário. 2008. Dissertação apresentada como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito Previdenciário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁸² Idem

⁸³ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.131

expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

É o que lembra, acerca da revogação de uma lei, Marques⁸⁴ “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Ou seja, a autora faz referência àquele artigo da LICC acima citado. E, ainda, Grinover⁸⁵, ensina em relação as leis específicas e o CDC que, “todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o CDC”.

O CDC, veio à tona no ordenamento jurídico, atendendo aos ditames constitucionais e como não podia deixar de faltar, traz, em seu bojo, uma significativa quantidade de princípios próprios e introduzidos no direito através dele (CDC) e tantos outros que mesmo pertencentes a outros ramos do direito, aplicam-se e bem, ao corpo do código. Portanto, tem-se o objetivo aqui, de estudar alguns dos principais princípios do direito consumerista, esclarecendo que não se pretende esgotá-los. Deixando ainda o princípio da vulnerabilidade, transparência, dignidade e hipossuficiência para a análise do capítulo seguinte.

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio de igualdade, onde dispõe que todos são iguais perante a lei, baseia-se em um dos principais fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é a dignidade da pessoa humana. Conforme explana Bonatto⁸⁶: “[...] o princípio da igualdade, pois surgiu para cumprir o objetivo maior de igualar os naturalmente desiguais, jamais podendo acontecer o inverso, isto é, desigualar os iguais”.

Perante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos são iguais perante lei, e por isso todos devem ser igualmente tratados, independente de qualquer outro fator; isso significa dizer que não se pode dar tratamento desigual a qualquer pessoa por sua

84 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT. 2002. p. 09.

85 GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 432.

86 BONATTO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.30.

condição ou posição social, se pertencente ou não a determinada classe, ou seja, de qualquer fator tanto moral, físico, econômico ou religioso.

Para que houvesse um maior equilíbrio entre as partes de um contrato, o Estado teve que intervir junto às formas contratuais, editando diversas leis que passaram a dar tratamento especial a determinadas categorias, compensando juridicamente a fragilidade contratual, vetando a inserção de algumas cláusulas nos contratos, que acabam por coagir os consumidores e a fazer com que muitas vezes por uma questão de necessidade, se submete ao poderio dos fornecedores.

Bonato⁸⁷, a respeito da fraqueza dos consumidores perante os fornecedores, esclarece o que segue:

O consumidor, no mundo moderno, foi obrigado a estar submisso aos fornecedores de produtos ou de serviços, como única forma de satisfazer suas necessidades básicas, ingressando, assim, em uma posição de dominante frente 'as imposições de falta de qualidade, de carência de informação, de inexistência de conhecimento específicos e outras, impostas pelo dominador- fornecedor, o qual tem compromisso, na maioria das vezes, com o lucro e continuidade da sua atividade.

Com o passar dos tempos, os contratos acabaram por se tornarem “standard” e o Estado novamente voltou a se preocupar e a defender os que aderem a este tipo de pacto, proibindo cláusulas abusivas, que cada vez mais acabavam por sacrificar e escravizar os consumidores, os quais ficavam incapazes perante as vontades e imposições dos fornecedores.

2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE EXECUTÓRIA

Quanto ao Princípio da Liberdade Executória e levando-se em conta que o Código de Defesa do Consumidor⁸⁸, no seu art. 39, inciso I, dispõe:

Art.39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

De maneira alguma, o consumidor poderá ser coagido a consumir ou a adquirir produtos que não lhe interesse ou precise. Como exemplo pode ser citada a “venda casada”, que é ilegal, pois, isto fere a liberdade dos contratantes, já que para adquirir o que deseje, terá

⁸⁷ Idem, 2001, p.30.

de levar automaticamente o que não deseja e não precisa, como é o caso de poder consumir alimentos e bebidas gratuitamente ao adquirir um determinado ingresso, seja para um show, um evento, etc.

Este princípio está ligado diretamente ao princípio da igualdade, visto que não tem condições de haver liberdade sem haver igualdade. No entendimento de Bonatto⁸⁹: “Liberdade significa, portanto, plena possibilidade de ação no meio social, desde que tal atitude não atinja o mesmo direito de liberdade que é reconhecido aos demais integrantes da sociedade”.

A dominação gera a desigualdade, que conseqüentemente acaba gerando a submissão dos mais fracos para com os mais fortes. Os mais frágeis ficam presos ao arbítrio de quem detém o maior poder em determinada relação social, ou seja, em muitos casos, pela necessidade de tal serviço ou produto, o consumidor necessitou ficar subordinado aos mais variados exageros dos fornecedores. Marques⁹⁰ descreve:

A idéia de autonomia de vontade está estreitamente ligada à idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influencias externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar contando sempre com a proteção do direito.

O consumidor não pode perder sua liberdade de pactuar. Neste norte, bastante se discute o dirigismo contratual e essa liberdade, já que o direito de manifestar livremente um contrato corre o risco de ser atacado pela intervenção do Estado, de maneira em que possa ajudar a acabar com os conflitos.

Marques⁹¹ tem o seguinte entendimento a respeito da matéria acima abordada:

Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontades. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais. Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares (consumidores), mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um nível econômico.

⁸⁸ Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078/90.

⁸⁹ BONATTO. Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: Princiologia, conceitos, contratos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35.

⁹⁰ MARQUES. Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT. 2002, p. 48.

⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002. p. 39/40.

Atualmente, muitos dos contratos que estão no mundo da comercialização, são gerenciados, pelo poder do Estado, que passa também a regular o contrato previamente redigido, de uso comum das empresas, que trocam o negócio jurídico bilateral, desta forma, abandonando a complexa fase de negociações e discussões que previamente se realizava, ao consumidor só resta aceitar o contrato com todas as suas cláusulas inseridas, ou ir pelo sentido contrário, negando o contrato por inteiro, neste caso não irá existir contratação e o consumidor, se assim desejar, terá que ir a procura de outro fornecedor que se encaixe tanto nas suas necessidades, quanto nas suas condições.

Marques⁹² ainda declina o seguinte entendimento que tem sobre a queda da liberdade nas relações contratuais:

O declínio da liberdade contratual é, portanto, um fato na moderna sociedade de consumo. O direito embutido da nova concepção de contrato ao invés de combater este declínio, tentando, por exemplo, assegurar a plena liberdade defendida pelos clássicos, aceitam estes novos limites impostos. Passa, porém a verificar: a) se os limites provem do poder estatal, se foram legitimamente impostos, respeitando os direitos constitucionais e tendo amparo em alguma lei; b) se provem de particulares, se estas limitações, como, por exemplo, a imposição do conteúdo do contrato, foi abusiva ou se respeitaram os novos postulados sociais da boa-fé, da segurança, do equilíbrio e da equidade contratual.

Com isso, pode-se chegar à conclusão de que a limitação da liberdade contratual viabiliza novas obrigações, que não são constituídas de vontade declarada, mas, estão inseridos no pacto em por intermédio da Lei ou ainda como um entendimento construtivo dos magistrados, estando clara a supremacia da Lei no que diz respeito a vontade de ambas as partes na concepção de contrato.

2.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Já o Princípio da boa-fé se aprimorou paralelamente aos contratos, conforme o doutrinador Theodoro Jr.⁹³ é possível constatar:

Historicamente, o direito contratual romano se caracteriza pela dicotomia entre contratos de direito estrito e contratos de "boa fé". Os primeiros eram os "formais" (do direito civil, ou quiritário), e os de "boa fé" os que dependiam de forma ou solenidade para produzir sua eficácia.

⁹² Idem, 2002, p. 224.

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Contrato e seus Princípios, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 33.

No entendimento de alguns doutrinadores como Wald⁹⁴, sobre o princípio da Boa-fé, tem-se:

Há um conceito psicológico e um conceito ético de boa-fé. O primeiro se contenta com a ignorância, não se ocupando da culpa ou negligência de quem pratica o ato. [...] O conceito ético não se contenta com a ignorância, de modo que, agindo com culpa ou falta de cuidado grave, a pessoa age mal, não podendo alegar boa-fé.

Atualmente, é utilizado o princípio de que "todos os contratos são dotados de boa-fé", até mesmo nos casos em que a Lei considera um contrato como solene. No entendimento do autor Theodoro Jr.⁹⁵:

Além de prevalecer à intenção sobre a literalidade, compreende-se no princípio da boa fé a necessidade de compreender ou interpretar o contrato segundo os ditames da "lealdade e confiança" entre os contratantes, já que não se pode aceitar que um contratante tenha firmado o pacto de má fé visando locupletar-se injustamente à custa do prejuízo do outro.

Outros doutrinadores vêem a boa-fé algo que está além do que um simples conceito jurídico, dando à mesma, a classificação de um critério, um princípio que deve estar presente no exercício de uma contratação.

De maneira objetiva, o autor Bonatto⁹⁶, explana sobre o princípio da boa-fé:

A boa-fé objetiva traduz a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induza a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirido da existência de culpa ou de dolo, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos em um negócio jurídico ou dos que sofram reflexos advindos de uma relação de consumo.

Assim como se pode notar na citação acima, a boa-fé determina às partes contratantes a obrigação de atuar conforme as regras e padrões socialmente recomendados de honestidade, lealdade, correção e lisura, como assim prevê a legislação moderna, para que seja o contrato perfeitamente cumprido da maneira mais justa possível, e para que não haja futuros litígios entre fornecedores e consumidores.

Segundo o inciso III do artigo 4º do CDC o Estado deve regular os contratos de consumo visando à harmonização de interesse sempre com base na boa-fé. Poder-se-ia dizer

⁹⁴ WALD Amoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro - vol. 11. Obrigações e Contratos, São Paulo: RT, 1998, p. 187.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. o Contrato e seus Princípios, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 34.

⁹⁶ BONATTO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia,

que o princípio da boa-fé é, sem sombra de dúvida, o princípio máximo orientador do CDC, tanto o é que o legislador tem uma preocupação extra com os aspectos pré-contratuais, bem assim como os reflexos deste princípio que estão ligados, intimamente, com a Seção III do Capítulo V do CDC. Acompanhe-se uma decisão a seguir:

ACÇÃO INCIDENTAL DE EMBARGOS DO DEVEDOR – ALEGAÇÃO DE COBRANÇA DE JUROS EXTORSIVOS – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – INCONFORMISMO DOS EMBARGANTES – PROVIMENTO DO RECURSO – O direito do consumidor, previsto no inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal, que se encontra regulamentado pela Lei nº 8.078/90, e que constitui garantia constitucional, não pode ser desprezado, por não ter sido regulado, ainda, o Sistema Financeiro Nacional, apesar de já estar o Congresso Nacional em mora, por inúmeros Mandados de Injunção, que foram deferidos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, mormente, na espécie, em que evidente se afigura a nulidade de cláusulas contratuais, por abusivas, que colocam o devedor em desvantagem exagerada, sendo elas incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade. (TJRJ – AC 14.118/98 – 11ª C.Cív. – Rel. Des. Nilton Mondego de Carvalho – J. 17.12.1998)

O Capítulo II, que trata Da Política Nacional de Relações de Consumo, prevê no caput do artigo 4º do CDC, mesmo que implicitamente, o princípio da boa-fé.

É o que assevera Almeida⁹⁷:

Esse princípio, inscrito no caput do art. 4º, exige que as partes da relação de consumo atuem com estrita boa-fé, é dizer, com sinceridade, seriedade, veracidade, lealdade, e transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo ao outro.

O caput do artigo 4º do CDC prevê:

Art. 4º: A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.

Já, segundo Nunes⁹⁸, o princípio está previsto no inciso III, o autor a esse respeito diz: “O inciso III aponta a harmonização dos interesses dos partícipes das relações de consumo, que (...) tem fundamento nos princípios maiores da isonomia e solidariedade” e ainda, diz que “essa harmonização nasce, então, fundada na boa-fé e no equilíbrio”.

É o inciso III do artigo 4º do CDC:

conceitos, contratos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38.

⁹⁷ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 46.

⁹⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). 2000. p. 107.

Art. 4º: (...): III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Em relação ao princípio da boa-fé na relação contratual, Almeida⁹⁹, sustenta que:

O CDC exige que os agentes da relação de consumo, fornecedor e consumidor, estejam predispostos a atuar com honestidade e firmeza de propósito, sem espertezas ou expedientes para impingir prejuízos ao outro. A boa-fé, ao lado da equidade, conduz à paz social e à harmonia entre as partes, permitindo que o mercado flua com regularidade e sem percalços, tanto na fase pré-contratual como no momento de sua execução.

O princípio da boa-fé objetiva, que é o presente no CDC, é definido, pelo autor Nunes¹⁰⁰, como sendo:

Uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças.

Em se tratando de tutela civil, há influência desse princípio, conforme o entendimento de Almeida¹⁰¹:

O princípio da boa-fé em matéria contratual reflete na tutela civil do consumidor, protegendo-o da publicidade enganosa e das práticas comerciais, quando ainda não contratual, além de permitir o arrependimento, mesmo depois da contratação.

Em relação às cláusulas de contratos, feitas sob a égide do CDC, aquelas que não respeitarem o princípio da boa-fé, são consideradas nulas.

Depois de concluído, o pacto contratual, começa a gerar efeitos para ambas as partes, conforme o estabelecido nas suas cláusulas. Deste momento em diante aparece o princípio da equidade, ou seja, da igualdade, do equilíbrio no que tange aos direitos e obrigações dos contratados.

2.4 PRINCÍPIO DA EQUIDADE

⁹⁹ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 139 e 140

¹⁰⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 108.

Partindo do princípio da equidade, o Código de Defesa do Consumidor¹⁰², prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Como se vê no disposto acima é nula qualquer modalidade de cláusula abusiva, seja aquela que sugere vantagens exageradas ou unilaterais ou ainda que sejam contrárias a equidade e a boa-fé, e que produza benefícios unicamente aos fornecedores conseqüentemente, explorando por muitas vezes os consumidores, parte mais frágil do negócio. De acordo com o entendimento do doutrinador Saad¹⁰³: “Decidir por equidade é suprir imperfeição da lei ou tornaria mais branda e amoldaria à realidade polimorfa. É a equidade útil à hermenêutica e á aplicação do direito. Supre lacunas da lei e concorre para a interpretação do texto legal”.

Este novo princípio norteador dos contratos derivados das relações de consumo surgiu com o advento da nova legislação que numa série de artigos instituiu normas imperativas que devem ser obedecidas no sentido de proporcionar um equilíbrio dos direitos e deveres nos contratos de consumos, visando alcançar uma justiça contratual.

Tal princípio se manifesta quando da proibição expressa da utilização de cláusulas abusivas, definidas na lei no rol estabelecido pelo artigo 51. De acordo com o caput deste artigo o Poder Judiciário declara nulas de pleno direito todas aquelas cláusulas contratuais que se assemelhem àquelas estampadas no rol do artigo supra.

O princípio, ora sob comento, tem natureza cogente. E a lei brasileira utiliza vários instrumentos para promover a justiça contratual, entre eles estão: a interpretação pró-consumidor, a proibição de cláusulas abusivas e o controle judicial dos contratos de consumo.

A interpretação pró-consumidor está estampada de forma clara e inequívoca no art. 47: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” Neste sentido a jurisprudência pátria vem evoluindo, principalmente no tocante a contratos de seguros, e muito com o objetivo de procurar a vontade real, baseada no art. 85 do Código

¹⁰¹ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 140.

¹⁰² Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078/90.

¹⁰³ SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código do Consumidor: Lei n° 8.078/90, São Paulo: LTr. 1998, p.183/184.

Civil. O CDC é, pois uma evolução desta norma e opta por proteger o consumidor, parte mais fraca da relação de consumo.

Acompanhem-se as seguintes decisões:

EMBARGOS DO DEVEDOR – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRÊMIO DE SEGURO – ATRASO NO PAGAMENTO – DÉBITO AUTOMÁTICO – ART. 47 – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Apelação. Embargos do devedor. Execução de título extrajudicial. Seguro de vida em grupo. Atraso no pagamento de parcela mensal referente ao “prêmio do seguro”. Débito automático em conta corrente. Aplicação subsidiária do CDC – art. 47. Recurso. Desprovimento. Os contratos de seguro de vida em grupo, com cláusula de débito em conta corrente do prêmio mensal, desde que, autorizado esse débito, automaticamente, em conta garantida por cobertura de cheque especial, não comportam rescisão unilateral, por parte da seguradora estipulante se, ocorrendo atraso no débito automático, este se realiza, sem que, contudo, a cobertura seja reabilitada pela seguradora estipulante, ocorrendo no interregno o sinistro indenizável. Hipótese em que se aplica o disposto no art. 47 do CDC, com a interpretação mais favorável ao consumidor. (CEL) (TJRJ – AC 855/98 – Reg. 270598 – Cód. 98.001.00855 – 13ª C.Cív. – Rel. Des. Azevedo Pinto – J. 02.04.1998)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – O veículo constante do contrato, onde foi constituída a alienação fiduciária, não e o mesmo objeto da presente demanda, levando a extinção do feito, sem julgamento do mérito, com base no art. 267, inc. IV, do CPC – Contrato de adesão. Interpretação mais favorável ao consumidor. Apelo improvido. (TJRS – AC 198078982 – RS – 14ª C.Cív. – Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick – J. 20.08.1998)

Quanto à proibição de cláusulas abusivas o CDC traz normas de ordem públicas, imperativas, ou seja, que não podem ser afastadas pela vontade das partes, e existem para proteger o equilíbrio do contrato. O Código de Defesa do Consumidor trouxe uma série de artigos que se referem a estas cláusulas abusivas, dando algumas definições e principalmente declarando-as nulas de pleno direito (art. 51 caput).

Acompanhe-se, ainda, outra decisão:

PROCESSO DE EXECUÇÃO – EMBARGOS DE DEVEDOR – DISCIPLINA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR "IN PECÚNIA" E O PREÇO DO DINHEIRO – Nulidade da sentença. Falta de representação processual. Não e nula a sentença que, operando os princípios da efetividade da jurisdição e da instrumentalidade do processo, adota solução placitada por regra de contenção impositiva em caso de solidariedade passiva. Perícia. Nem ao de longe e nula a sentença que remete o julgado a liquidação mediante perícia técnica, a fim de apurar o quantum debeatur segundo os critérios nela definidos. Aval em contrato. Sendo o aval uma garantia própria e exclusiva dos títulos de crédito cambiários, a sua pura e simples nomeação no corpo de contrato não pode ser convalidada como fiança. Aval apostado em nota promissória vinculada a contrato não firmado pelo avalista. É cambiariamente valido o aval prestado em nota promissória vinculada a contrato, ainda que este não tenha sido firmado pelo prestador do

aval. No entanto, o avalista só responde pelas obrigações cambiárias – Válidas e exigíveis – Consignadas na cártula, de modo algum ficando vinculado, por interpretação extensiva, as obrigações derivadas do contrato, pois esse efeito é inadmitido pelo princípio da autonomia das obrigações cambiárias, mesmo na hipótese extracambial de título "pro solvendo" e com maior razão, no caso de título cambiário "pro soluto", mesmo quando ele não tenha circulado. Código de defesa do consumidor. Fundamentos, princípios e aplicação. Cláusulas abusivas: nulidade. Ônus da prova. Princípio da preservação dos negócios, suprimento da vontade atrofiada e integração jurisdicional. As regras do código de proteção ao consumidor são aplicáveis aos contratos firmados entre as instituições financeiras e os usuários de seus serviços (art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90), importando a declaração de nulidade ipso jure das cláusulas abusivas pactuadas (art. 51, § 1º), por excesso de onerosidade ao consumidor. Presente nulidade, a matéria é cognoscível ex officio e em qualquer grau de jurisdição. Dentre outros, o CDC sufraga o princípio da inversão do ônus da prova em benefício do consumidor (art. 6º, inc. VIII, e art. 51, inc. VI). Revisão judicial de contratos. Continuidade negocial: revisão de contratos sucessivos. As políticas públicas mandatórias de proteção do consumidor, a funcionalidade contratual da autonomia da vontade e a relativização do princípio do pacta sunt servanda. Se a prova demonstra que entre a instituição financeira e o devedor estabeleceu-se situação de continuidade nos negócios, ficando caracterizado um relacionamento jurídico unitário complexo, de vocação permanente e trato sucessivo, viabiliza-se a revisão contratual em sua globalidade, âmbito em que a aplicação dos princípios jurídicos que regem as políticas públicas mandatórias de proteção ao consumidor relativizam o princípio do pacta sunt servanda e autorizam a revisão judicial dos contratos como meio de aplicação do direito. Limitação de juros. As instituições financeiras estão limitadas ao teto de 12% ao ano na fixação e cobrança de juros, a teor de dispositivos do Decreto nº 22.626/33 (arts. 1º, caput, e § 3º, 4º, 5º, e 11) e do Código Civil (arts. 1062, 1063 e 1262). O art. 192, § 3º, da carta política, no contexto da matéria examinada. Capitalização de juros. Vedação de anatocismo. A prática do anatocismo é vedada pelo art. 4º, da lei de usura, sendo nula a cláusula que, sem expressa previsão legal em sentido diverso, prevê a capitalização de juros em períodos inferiores há um ano. Correção monetária pura. A correção monetária pura é um minus que evita a perda do poder aquisitivo da capital, tendo natureza jurídica e econômica distinta e inconfundível com os juros de capital, sendo vedada a sua indexação pela TR – Correção monetária e comissão de permanência. A Súmula nº 30 do STJ veda a acumulação de correção monetária com comissão de permanência. Por outro lado, por conter componente remuneratório-Financeiro interno, é nula a adoção da TR como indexador de correção monetária pura, pois configura espécie de anatocismo interno no cálculo estrutural das obrigações pecuniárias. Juros moratórios e cláusulas penais contratuais. Mora accipiendi. O ônus da prova da não-abusividade do crédito compete ao credor. O excesso de cobrança caracteriza a iliquidez e incerteza do quantum debeatur e legítima a recusa de pagamento pelo devedor, elidindo a mora debendi e tornando inexigível a cobrança de juros moratórios e de cláusulas penais contratuais. Caracteriza nulidade derivada de ilicitude civil e abusividade negocial a estipulação de juros moratórios superiores a 1% ao ano e de multa contratual superior a 2% sobre o total do débito, vedada a sua capitalização. Compensação judicializada. Independentemente da natureza e escopo da demanda de cognição ajuizada, nela configurando-se a possibilidade de liquidação, presente ou futura, de débitos recíprocos entre os litigantes, a compensação judicializada e

imperativo decorrente do princípio de economia processual. Imputação do pagamento. Ocorrente por determinação judicial, inclusive em liquidação de sentença, aplica-se o disposto nos artigos 993 e 994 do CCB – Nulidade da execução decretada, prejudicado os recursos. (TJRS – AC 198008625 – RS – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Aymore Roque Pottes de Mello – J. 07.05.1998)

O CDC inovou ao instituir no § 4º do art. 51, um controle judicial em abstrato, pelo qual o MP é o legitimado para propor ação de controle abstrato dos contratos oferecidos no mercado a pedido do consumidor ou de alguma entidade que o represente.

Aristóteles, com suas palavras que continuam atuais, definiu a equidade da seguinte maneira: “A mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorram em relação às pessoas, às cousas, ao lugar ou aos tempos”. Ao Decidir de maneira equitativa, o juiz pretende dar, ao texto legal, uma determinada carga de calor humano. A lei que atualmente está em vigor, concede ao julgador, o poder de decidir se as cláusulas contratuais reclamadas pelo consumidor foram de forma abusiva impostas pelo fornecedor, e nesta condição tornando-se nula, ou não. Conforme considera Marques¹⁰⁴:

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, ex officio. À vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o Direito, pois as normas do CDC instituem novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formando o vínculo contratual de consumo, novo direito dos contratos opta por proteger não só à vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores.

O Diploma Legal do Consumidor afasta somente o desequilíbrio motivado pelas cláusulas que prejudiquem o consumidor, não exige uma medida contra o fornecedor, mesmo que a cláusula seja aceita com a aprovação do consumidor, por outro lado, se for detectada vantagem excessiva ao fornecedor, o resultado será considerado contrário e em descumprimento à ordem pública, será considerado contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e não irá predominar a autonomia de vontades.

2.5 PRINCÍPIO DA IMPREVISIBILIDADE

¹⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p. 742.

E ainda, analisa-se que a imprevisibilidade é vista aos olhos do autor Bonatto¹⁰⁵, como sendo:

Princípio segundo o qual deve ser relida a relação contratual existente quando sobrevém acontecimento imprevisível e inevitável que modifica sensivelmente a situação de fato apresentada ao tempo da sua formação, ameaçando assim de prejuízo o patrimônio do sujeito passivo da obrigação, caso subsistam os direitos e interesses do credor.

Existem muitas designações para este princípio, porém, o que paira seja na noção moral, seja no mundo jurídico, levando-se em conta que ambas afastam o rigor excessivo para haja o cumprimento de uma obrigação, na hipótese de acontecer algum tipo de imprevisão que traga um grande prejuízo para uma das partes, e por consequência, uma relação injusta e desigual. Theodoro Jr.¹⁰⁶ declina seus conhecimentos a respeito:

Acontece que grande parte dos contratos não se destina a um só e imediato efeito, pois é freqüente a previsão de prestações e contraprestações a serem realizadas no futuro as vezes longínquo. Surge, então, a influência do tempo e dos adventos posteriores não previstos pelas partes sobre a relação jurídica, às vezes em volume capaz de afetar a "comutatividade" e, por via de consequência, a "justiça" contida na adequação econômica inicialmente programada entre os contratantes, antes que o cumprimento das obrigações se torne realidade.

O problema tratado reflete significativamente o princípio da força obrigatória dos contratos, tornando sua aplicação flexível e de maneira mais harmônica, com outro grande princípio, o da comutatividade, já que sem este, não se atingiria o ponto de equilíbrio exigido pela justiça em nossa legislação. O autor Gomes, ao ser citado por Theodoro Jr.¹⁰⁷ relata o seguinte:

A onerosidade excessiva (que autoriza o recurso à teoria da imprevisão) não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante consequência, qual seja, a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior.

O doutrinador traça ainda o caminho da teoria da imprevisão de maneira bem cuidadosa:

Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva

¹⁰⁵ BONATTO, Cláudio. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: Principiologia, conceitos, contratos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 288.

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 151.

¹⁰⁷ Idem, 2001, p. 155/156.

onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser 'resolvido' ou, a requerimento do prejudicado, 'o juiz altera o conteúdo do contrato', restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da 'álea' que todo contrato depende de futuro encerra, pode-se operar sua 'resolução' ou a redução das prestações.

Neste sentido, restará ao julgador, quando da rescisão ou revisão de um contrato, alcançar através dos princípios da boa-fé, do equilíbrio e da equidade, embasamentos que determinem a inclusão de uma nova cláusula, no caso de revisão, ou para declarar rescindido o contrato. Assim Theodoro Jr.¹⁰⁸ revela, importantes considerações:

[...] no Código de Defesa do Consumidor, onde entre os direitos do consumidor se arrolou o de obter “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam ‘prestações desproporcionais’ ou sua ‘revisão’ em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, nº V). É interessante notar que aqui a lei nem sequer cogitou da imprevisibilidade do fato superveniente ou da imprevisão das partes a seu respeito. Basta o desequilíbrio das condições de cumprimento do contrato, para que a revisão se imponha.

Importante é a intervenção do estado que ao notar a desigualdade entre as partes, intervêm na relação tornando-a mais justa e equilibrada para ambos os aderentes do contrato.

2.6 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Este princípio está ligado umbilicalmente ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, pois é em vista de tal posição desfavorável que o Estado deve fornecer meios para que seja feita de forma efetiva a proteção do consumidor.

Acompanhe-se uma decisão:

PROCESSUAL CIVIL – CAUTELAR INOMINADA – LIMINAR – Nulidade e carência de ação afastadas. Plano de saúde. Internação. Limitação contratual. Nos contratos reguladores de relação de consumo, o princípio basilar da supremacia da vontade, consubstanciado na autonomia e na liberdade de contratar, regulador dos contratos, sofre limitação frente às normas dispostas no código de defesa e proteção do consumidor. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJRS – AI 598016178 – RS – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos – J. 16.04.1998)

Muito antes da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, existem debates que exploram o consumidor como sujeito vulnerável

e hipossuficiente na relação de consumo. Isso porque o consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção e em consequência disto submete-se ao poder de quem os possui. Deste modo o legislador criou uma série de mecanismos para que sejam atendidos outros princípios, tais como: o princípio da proteção do consumidor que se desdobra nos princípios da responsabilidade objetiva e no princípio da inversão do ônus da prova.

2.7 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Este princípio, de natureza tipicamente administrativa, está estampado no caput do art. 12 do CDC, quando dispõe que o fabricante, produtor, construtor e o importador respondem pela reparação dos danos causados aos consumidores independentemente de culpa. Aqui o código acolheu de forma explícita os fundamentos da responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva tem como pressupostos o dano injusto e o nexo de causalidade, assim os elementos subjetivos, culpa ou dolo, não são levados à apreciação.

Analisem-se as decisões a seguir:

INDENIZATÓRIA – Explosão de foguete ou rojão, antes de ser lançado – Lesões gravíssimas, na mão direita da vítima – Necessidade de amputação – Lesão corporal parcial e permanente – Vítima especialista em operações especiais da Polícia Militar – Marca de foguete e falha do objeto comprovadas – Culpa do fabricante, pela falta de segurança no foguete, que poderia causar acidentes, mesmo com pessoas experientes – Existência de seqüela a justificar o ressarcimento dos danos morais e o pagamento das próteses e do tratamento psicológico – responsabilidade objetiva do fabricante, pela indenização reconhecida – Inteligência do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor – Inadmissibilidade de fixação de pensão, por caracterizada duplicidade de vencimentos – Verba honorária fixada em quantia condizente com a complexidade da causa – Ação julgada procedente, em parte – Agravo retido, contra o despacho saneador, não conhecido – Agravo retido, contra a determinação de desentranhamento de prova, apresentada com a apelação não provida – Recursos não providos. (TJSP – AC 80.991-4 – São Paulo – 8ª CDPriv – Rel. Juiz Zélia Maria Antunes Alves – 25.10.1999 – v.u.)

RESPONSABILIDADE CIVIL – CONTRATO DE TRANSPORTE – INDENIZAÇÃO – CUMULAÇÃO – RESSARCIMENTO DOS DANOS – Responsabilidade Civil. Contrato de Transportes com finalidade específica de participação em concurso público realizado na Capital. Comprometimento finalístico por parte do Curso organizador. Inadimplemento. Perda do horário para as provas. Responsabilidade objetiva do transportador. Código de Defesa do Consumidor. Dano Moral. Verificação. Indenização. Cabimento. Fixação módica. Desprovimento do

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Contrato e seus Princípios, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 160.

apelo. (RIT) (TJRJ – AC 14106/98 – (Reg. 270499) – 12ª C.Cív. – Relª Desª Leila Mariano – J. 02.03.1999)

Fez muito bem o legislador em optar por tal modalidade de responsabilização do fornecedor, e o fez coadunando com outro princípio, o da vulnerabilidade do consumidor. Deste modo os fornecedores não colocarão no mercado produtos que sabem estar viciados ou defeituosos, ou que não foram testados efetivamente, pois se o fizerem causarão dano e responderão evidentemente.

2.8 PRINCÍPIO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Trata-se de um caso típico de princípio do Direito Processual Civil que se aplica ao Direito do Consumidor. O ônus da prova, segundo dispõe o art. 333 inciso I do CPC, cabe ao autor, porém como o CDC resolveu adotar os postulados da responsabilidade objetiva há uma inversão do ônus da prova, cabendo ao réu, no caso os fornecedores a alegativa de que o autor não possui direito sobre a indenização pleiteada.

Acompanhem-se as seguintes decisões:

RESPONSABILIDADE CIVIL – MÉDICO E HOSPITAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS – MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp – Nº 122.505 – SP) – 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp 171988 – RS – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJU 28.06.1999 – p. 104)

INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – MAGISTRADO QUE INDEFERIU PEDIDO DOS AGRAVANTES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE NÃO SE FAZ DE FORMA AUTOMÁTICA E SIM MEDIANTE CRITÉRIO DO JUIZ, DESDE QUE VEROSSÍMIL A ALEGAÇÃO DO CONSUMIDOR OU QUANDO FOR ELE HIPOSSUFICIENTE, “EX VI” DO DISPOSTO NO ARTIGO 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Recurso improvido. (TJSP – AI 113.590-4 – Osasco – 3ª C.D.Priv. – Rel. Juiz Des. Flávio Pinheiro – J. 25.05.1999 – v.u.)

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – REPARAÇÃO DE DANOS – LESÃO CORPORAL GRAVE SOFRIDA NO INTERIOR DE SHOPPING CENTER – ATO DE TERCEIRO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (ARTIGO 159 DO CÓDIGO CIVIL) E INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PRESUMIDA POR CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO (ARTIGOS 1.521, DO CÓDIGO CIVIL) – RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONTRATUAL POR EVENTUAL DEFEITO DO SERVIÇO EXCLUÍDO POR ATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO – ATO, DE TODO MODO, EQUIPARÁVEL A FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO – INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL – RECURSO NÃO PROVIDO – Conquanto invocado o artigo 159, do Código Civil, nenhum ato comissivo ou omissivo a inicial aponta que praticado pelo réu tenha causado ou contribuído para que o evento danoso viesse a ocorrer para fundamentar a responsabilidade subjetiva afirmada. Na verdade, a inicial dá enfoque sob órbita da responsabilidade presumida por culpa in eligendo e in vigilando em função da contratação de uma equipe de segurança sem capacidade de distinguir pessoa suspeita pelas suas características físicas e de modo de se vestir. Essa culpa não pode ser aceita, pois se trata de critério sem qualquer razoabilidade jurídica, pois uma pessoa não pode ser tida por suspeita em razão de seu aspecto físico ou maneira extravagante de se trajar, nem pela raça, cor ou posição social. Igualmente uma responsabilidade objetiva por defeito do serviço, mesmo em se admitindo uma relação de consumo, por decorrer de ato exclusivo de terceiro, que exclui essa responsabilidade (artigo 12, § 3º, III e 14, § 3º, II do Código de Proteção ao Consumidor). Não se pode pretender que o serviço de segurança prestado pelo Shopping seja invulnerável, nem se exigir uma garantia absoluta acerca da integridade física dos frequentadores em vista de atos inesperados e imprevisíveis de terceiros, equiparáveis, por isso à força maior ou caso fortuito, causas que também excluem a responsabilidade civil. Em suma, não há nexo de causalidade entre um ato de terceiro que dissimuladamente, seguindo os passos de pessoa determinada, ingressa no interior do Shopping para matá-la, alvejando outras pessoas em ação rápida, repentina e fulminante, sem possibilidade de ser evitada, e a atividade desenvolvida pela ré. (TJSP – AC 82.292-4 – SP – 9ª CDPPriv. – Rel. Ruyter Oliva – J. 05.10.1999 – v.u.)

A inversão do ônus da prova está clara no § 3º do art. 14º do CDC, que dispõe que o fornecedor só não será responsabilizado se provar que o defeito inexistente, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Nos outros casos será o fornecedor responsável por qualquer dano causado ao consumidor. Vale salientar que a inversão do ônus da prova não é automática depende de entendimento do magistrado, que deve fazer tal inversão desde que beneficie o consumidor.

2.9 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO

A vinculação é um princípio informador do marketing e está atado ao poder de persuasão de suas técnicas. Este princípio está estampado no art. 30 do CDC e aplica-se a todas as formas de manifestação de marketing.

Na questão do Marketing, importa recordar interessante lição de Filomeno, para quem:

A defesa do consumidor pelas próprias empresas tem sido uma preocupação – bastante salutar, saliente-se – cada vez mais marcante, sobretudo como técnica de marketing das mais eficazes... Adverte-se, entretanto, que essa alternativa acessível ao consumidor complementa, e jamais dispensa, todos os outros mecanismos que asseguram a implementação dos direitos do consumidor: informação e educação, a ação do Estado, legislações específicas, sistema judiciário atuante, entre outros.¹⁰⁹

Para que tal princípio atue se faz necessária a presença de dois requisitos: o primeiro é que não existirá vinculação se não houver exposição, ou seja, se o consumidor não tomar conhecimento; segundo, a oferta deve ser suficientemente precisa, entendendo-se que se houver potencial persuasivo existe vinculação.

A vinculação age obrigando o fornecedor mesmo que ele se negue a contratar ou incidentalmente quando o contrato já estiver assinado.

2.10 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE

A publicidade deve ser identificada pelo consumidor (art.36 caput). O legislador não aceitou a publicidade clandestina nem a subliminar. Isto quer significar que a publicidade só será lícita quando o consumidor puder identificá-la, porém a identificação deverá ser imediata e fácil. A disposição legal tenta coibir que a publicidade, mesmo atingindo o consumidor não seja entendida por ele como tal.

2.11 PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE

O Código consagrou o princípio da veracidade da publicidade ao proibir e definir a publicidade enganosa (art. 37 §1º). É um dos mais importantes princípios da publicidade “e

¹⁰⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2010. p. 169

também aquele que tem uma expressão legal mais antiga, mesmo quando o tratamento jurídico da publicidade não ultrapassava os limites da defesa da concorrência desleal”.¹¹⁰

2.12 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE

O art. 37 § 2º tem por objetivo reprimir os desvios que possam vir a prejudicar os consumidores. Este princípio está relacionado com o da veracidade. Assim a publicidade deve ser verdadeira e não-abusiva. A proibição da publicidade enganosa ou abusiva é ampla e flexível, isto não significa que a publicidade é proibida, somente existe para evitar dois tipos de propaganda perniciosa.

2.13 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

Em conexão como princípio da inversão do ônus da prova reconhece-se o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, expresso no art. 36, parágrafo único. É um aperfeiçoamento da teoria do ad substantiation dos norte-americanos.¹¹¹

Assim o fornecedor deve anunciar seus produtos com base em elementos fáticos e científicos, mostrando para os consumidores que seu produto ou serviço é realmente capaz de realizar tudo aquilo que está dito através de campanha publicitária.

O descumprimento deste princípio pode gerar além de uma reparação civil, um ilícito penal, tipificado no art. 69 do CDC.

2.14 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO

¹¹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Ed. Almedina, 1982, p.81.

¹¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *Comentários ao código de proteção do consumidor* – coordenador: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991, p.276

Quando ocorrer um desvio publicitário além da competente reparação do dano, se esse tiver ocorrido, cabe ao fornecedor a correção do desvio publicitário através da contrapropaganda (art. 56, XII CDC).

2.15 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Segundo Marques:

É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor.¹¹²

O CDC introduziu um novo sistema legal de vícios no ordenamento, divididos em dois grupos, intitulados de: vícios por insegurança, estatuídos entre os artigos 12 até 17 do código; e vícios por inadequação, compreendidos dos artigos 18 até 25. Deste modo o regime de “vícios” possui aspectos tantos contratuais e extracontratuais. O que tal princípio quer significar é que o consumidor deve confiar no fornecedor de produtos ou serviços, porém este mesmo fornecedor deve prover ao consumidor elementos para este confie em seus produtos/serviços.

É, em vista disso, que o CDC regula através deste e de outros princípios já comentados, a maneira pelo qual os produtos devem apresentados ao consumidor, ou como tais produtos devem ser consumidos através de informações precisas, ou vedando que tais produtos contenham vícios e que quando contiverem sejam seus fornecedores responsabilizados por tais falhas. Tem muita importância o princípio da confiança dentro do regime do CDC, pois é através de seus mecanismos que o consumidor poderá valer-se para responsabilizar um fornecedor negligente que colocou no mercado um produto nocivo à sociedade.

Acompanhe-se a seguinte decisão:

CONTRATOS BANCÁRIOS – Código de defesa do consumidor. Aplicam-se as relações bancárias o código de defesa do consumidor. A inspiração e a

¹¹² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998, p.981

técnica que o direito deve por a serviço das práticas negociais deve ser direcionada pelos princípios de transparência, boa fé, equidade e confiança, a fim de que mantenha o equilíbrio dos contratos. Revisão dos contratos findos. Ocorrendo a novação, os contratos por ela extintos não são passíveis de revisão. Multa. Não se conhece do apelo porquanto ausente interesse recursal. Juros. Estão limitados em 12% ao ano, desimportando perquirir acerca da auto-aplicabilidade do texto constitucional, pois em vigor a lei de usura e disposições contidas no Código Civil. Capitalização. Tendo em vista a natureza do título (contrato de renegociação de operações de crédito), a capitalização só é possível na periodicidade anual. TR. É de ser desconsiderado este ponto da peça recursal, por ausência de legitimidade. Juros moratórios. Também não se conhece do apelo porquanto desprovido o pedido de reforma de fundamentação e razões jurídicas. Apelo conhecido parcialmente e provido parcialmente, por maioria. (TJRS – AC 197246333 – RS – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Francisco José Mõesch – J. 23.04.1998)

Portanto, pode-se compreender uma ampla e variada gama de princípios que permeiam o corpo do Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor, uma legislação avançada e que contém normas que deveriam ser de conhecimento de toda a população.

3 PRINCÍPIOS DA VULNERABILIDADE

3.1 O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

A tutela do consumidor fica a mercê da vulnerabilidade do próprio consumidor, que nas relações de consumo, por se tratar de parte hipossuficiente, ou mais fraca, acaba tendo que se submeter às condições que lhe são impostas pelos fornecedores, parte mais forte.

Almeida¹¹³ expõe sobre o princípio da vulnerabilidade com a seguinte afirmação:

Os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes. Isto quer dizer, que a definição de consumidor já descreve essa vulnerabilidade, essa relação de hipossuficiência que pode ocorrer por desinformação, por fraude ou quando o produtor não dê ou não honre a garantia ao bem produzido.

Cada vez mais se tem o consumidor como alvo de uma pressão psicológica que lhe é exercida através do convencimento e da manipulação por meio de publicidades maciças que estimulam o consumo, por intermédio dos meios de comunicação. Aliado a esta estratégia de convencimento está a fragilidade, de boa parte dos consumidores que acabam caindo nas armadilhas dos fornecedores.

Segundo Moraes:

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes da mesma relação.¹¹⁴

¹¹³ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993, p.15

¹¹⁴ MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.125

Portanto, ainda para Moraes¹¹⁵, o princípio “decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento da liberdade”, considerando que “somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjugado por outrem”. Cita, ainda, o autor, que “a vulnerabilidade do consumidor, é, nas palavras de Almeida, a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre que se assenta toda a linha filosófica do movimento”.¹¹⁶

Já Ragazzi¹¹⁷, entende claramente que “o princípio da vulnerabilidade do consumidor é o grande alicerce do microssistema, pois suas regras foram construídas com a finalidade de harmonizar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores”. Assim, observa-se que “o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”.¹¹⁸ O consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção e em consequência disto submete-se ao poder de quem os possui. Deste modo o legislador criou uma série de mecanismos para que sejam atendidos outros princípios, tais como: o princípio da proteção do consumidor que se desdobra nos princípios da responsabilidade objetiva e no princípio da inversão do ônus da prova.

Acompanhem-se as seguintes decisões:

EMBARGOS INFRINGENTES – DIREITO DO CONSUMIDOR – CLÁUSULAS CONTRATUAIS – ABUSIVIDADE – CLÁUSULA QUE, EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO, AO EXIGIR A SUBSTITUIÇÃO DO FIADOR PELO MUTUÁRIO, FAZ DEPENDER O EXERCÍCIO DA OBRIGAÇÃO DE EXCLUSIVOS CRITÉRIOS DO MUTUANTE, INCLUSIVE QUANTO A DETERMINAÇÃO DO PRAZO PARA SE EFETIVAR A SUBSTITUIÇÃO, E CLÁUSULA ABUSIVA POR VIOLAR A RECONHECIDA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR, TORNANDO – SE EXAGERADA – Embargos parcialmente acolhidos. (TJRS – EI 597210483 – RS – 1º G.C.Cív. – Rel. Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento – J. 04.09.1998)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONTRA--RAZÕES JUNTADA POR "FAC-SÍMILE"- ORIGINAL INTERPOSTO FORA DO PRAZO DE CINCO DIAS ESTABELECIDO PELO PROVIMENTO 09/95 DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA – ATO INEFICAZ – APRECIÇÃO DESTA EM VISTA DA TEMPESTIVIDADE DO ORIGINAL ATESTADA PELA CERTIDÃO DA JUNTADA, NOS AUTOS, DO A.R. QUE INTIMOU O AGRAVADO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU AO RÉU A APRESENTAÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL – INVERSÃO DO

¹¹⁵ Idem, 2009, p. 125

¹¹⁶ MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.126-127

¹¹⁷ RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2010, p.151

¹¹⁸ Henry Ford, apud RÓNAI, Paulo. Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

ONUS PROBANDI – PRERROGATIVA DO JUIZ DE DETERMINAR AS PROVAS QUE ACHAR NECESSÁRIAS – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR – LIVRE ARBÍTRIO DO JUIZ PARA EQUILIBRAR AS POSIÇÕES DAS PARTES – RECURSO IMPROVIDO. A interposição de resposta a agravo de instrumento via fax é possível, desde que o seu original seja juntado no prazo de cinco dias após o recebimento da cópia, sob pena desta peça ser considerada ato ineficaz. O juiz tem a prerrogativa de pedir as provas que achar necessárias. Sendo o réu o único a poder produzir tal prova, necessária a inversão desse ônus, mormente ante o princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, CDC) que permite ao magistrado determinações que assegurem o equilíbrio das partes. (TJMT – AI 6.499 – Classe II – 15 – Sinop – 3ª C.Cív. – Rel. Des. José Munir Feguri – J. 12.03.1997)

Não se pode confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência. Uma vez que a primeira trata-se de um conceito de direito geral e material, enquanto a segunda é um conceito particularizado e processual, conforme explicação de: Bonatto¹¹⁹ citando Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins:

A vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência que é característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis, vêm-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou como ocorre com frequência, ambas. Citando Antônio Herman Benjamin a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores.

Apropria ONU¹²⁰, tratou do assunto da vulnerabilidade do consumidor, quando se manifestou na Resolução n. 29/248, de 10 de abril de 1985, reconhecendo que: os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo.

Diante deste pronunciamento da ONU, o tema foi tratado no Brasil pela primeira vez a nível constitucional, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, o inciso XXXII do artigo 5 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi assegurado então, que o Estado coloca-se na defesa do consumidor por tratar-se de dever seu bem como direito do cidadão.

A vulnerabilidade do consumidor vem disposta no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, no seu artigo 4, I, como um dos Princípios da Política Nacional de Relações de Consumo.

¹¹⁹ BONATTO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.46

¹²⁰ Organização das Nações Unidas

Bonatto¹²¹, no que se refere a vulnerabilidade finaliza destacando:

Por último, deve ser dito que o princípio da vulnerabilidade representa a defesa dos princípios constitucionais da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego, esculpidos no artigo 170 da C.R.F.B.¹²², cabendo ressaltar que os empregos somente surgem caso existam consumidores para investir nas empresas, as quais repassarão estas riquezas novamente para os consumidores, que são os seus empregados.

Como muito bem destaca Bonatto, a vulnerabilidade está nos princípios constitucionais, e que acima de tudo deve ser respeitada a dignidade do consumidor enquanto cidadão que tem direitos que devem ser cumpridos. Com isso se salva o giro da riqueza onde o cidadão respeitado adquire créditos e os coloca na relação de consumo, formando uma corrente construtiva e justa para ambas as partes.

Portanto, a vulnerabilidade do consumidor está prevista no inciso I do artigo 4º do Capítulo II, que trata Da Política Nacional das Relações de Consumo, do CDC que assim reza:

Art. 4: (...): I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Acerca do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, Nunes¹²³ sustenta que: “tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo”. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta (...).

Lembra, ainda, Nunes¹²⁴ que a mesma é de ordem técnica principalmente, mas que também pode ser de ordem econômica, o primeiro aspecto está ligado aos: “meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor (...) é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido”.

O segundo aspecto, que se trata do econômico diz respeito à:

Maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

¹²¹ BONATTO, Cláudio. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.46

¹²² Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 106.

Conforme pensamento de Almeida¹²⁵ acerca dessa vulnerabilidade da parte mais fraca da relação de consumo: “é indubitoso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico”.

Ainda, Almeida¹²⁶, ensina o porquê de o legislador ter protegido o consumidor:

Há que ser dito que os danos enfrentados isoladamente pelos consumidores quase sempre ficaram sem preparação, quer porque pequenos se individualmente considerados, quer por motivos econômicos, já que o consumidor geralmente não possui recursos para a contratação de advogados e para pagar as despesas processuais. Aliás, neste último item salta aos olhos a franca superioridade dos fornecedores, que possuem, em seus estabelecimentos, departamentos jurídicos organizados e de bom nível técnico, o que faz aumentar ainda mais a situação de inferioridade do consumidor, a justificar-lhe a tutela.

No entender de Saad¹²⁷, as relações de consumo dão-se de forma mais favorável ao fornecedor, por essa razão há que se proteger o consumidor:

As relações de consumo processam-se de modo mais favorável aos interesses do fornecedor que os do comprador ou usuário de serviços de terceiros. Por outras palavras, nessas relações é mais fácil o consumidor ser lesado em seus direitos que o fornecedor, o que importa dizer que ele é mais vulnerável ao dano que o fornecedor.

A respeito da desigualdade entre fornecedor e consumidor, como ela é tratada no CDC, e a relação com ao princípio da vulnerabilidade, Almeida¹²⁸ tem a seguinte opinião:

Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que devem os desiguais der tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades.

Grinover¹²⁹ a respeito da tutela do consumidor, por ser esta, parte vulnerável da relação consumerista tece o seguinte comentário:

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação das margens de lucro.

¹²⁴ Idem, 2000. p. 106.

¹²⁵ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 17.

¹²⁶ Idem, 2003. p. 24.

¹²⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n 8.078, de 11.9.90. São Paulo: LTr. 1998. p. 126.

¹²⁸ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 45.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 55

Ragazzi¹³⁰ observa que “esse princípio é tido como um dos principais, senão o principal, no estudo dos direitos do consumidor, o que explica a importância e extensão que ora toma corpo”. De tudo isso, percebe-se a necessidade, disposta pelo legislador no CDC, de proteger o consumidor, que por ser parte mais fraca, vulnerável, da relação necessita dessa proteção.

Já o princípio da hipossuficiência decorre desta desvantagem que o consumidor tem frente ao fornecedor, prevista no princípio da vulnerabilidade. O que diferencia é que o hipossuficiente além de ser vulnerável por ser mais fraco, principalmente, tecnicamente em relação ao fornecedor, está mais propenso à má-fé de certos fornecedores por sua falta de informação, instrução e cultura.

Saad¹³¹ ensina em relação à que, são os consumidores considerados hipossuficientes, portanto, segundo este autor, os consumidores são hipossuficientes “no tocante às informações sobre a qualidade e composição do que adquire”. Conforme pensamento de Gérard Cas (apud Grinover)¹³²: “o legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado (...)”.

Em consideração à hipossuficiência de determinada parte da população e como pode ela ser reconhecida, Grinover et al¹³³ tem a seguinte opinião:

(...) entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes.

Grinover¹³⁴ discorre ainda, acerca da diferença entre o consumidor vulnerável e o hipossuficiente e sobre os fornecedores que desta hipossuficiência se aproveitam:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.

¹³⁰ RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2010, p.70

¹³¹ SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n 8.078, de 11.9.90. São Paulo: LTr. 1998. p. 126.

¹³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 117.

¹³³ Idem, 2000. p. 313.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 313 e 314.

Portanto, a vulnerabilidade alcança a todos os consumidores enquanto que, a hipossuficiência atinge apenas certa parte da população. E os fornecedores que desta hipossuficiência se prevalecem, estarão agindo de forma abusiva.

De acordo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, antes de estar entre os princípios consumeristas, tem fundamento legal constitucional, ele está previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB, abaixo:

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

A este respeito, Nunes¹³⁵ assevera que “a dignidade da pessoa humana – e do consumidor – é garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas (...)”. E completa: “A dignidade garantida no caput do art. 4º está, assim, ligada diretamente àquela maior, estampada no texto constitucional (...)”.

Estatui o artigo 4º do CDC:

Art. 4º: A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade (...).

Em se tratando do princípio da dignidade humana, na CRFB e normas inferiores como o CDC, Domingues¹³⁶ faz o seguinte comentário:

Assim, é que basta uma leitura da nossa Constituição atual, por exemplo, no artigo 5º, caput e seus incisos, dentre outros artigos da Carta Magna, para concluir-se que há direitos e princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana reconhecidos pela lei maior, mesmo que em termos declaratórios e genéricos determinando-se que normas infraconstitucionais regulamentem as matérias e tais direitos à dignidade conforme a modernidade e complexidade de novos tipos de relações sociais, tal como direitos difusos do consumidor (...).

Ainda, conforme Domingues¹³⁷, acerca do que pode ser considerada dignidade da pessoa humana tem-se que: “(...) dignidade da pessoa humana é uma eterna busca do respeito

¹³⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 104.

¹³⁶ DOMINGUES, Renato Massoni. Algumas Reflexões Sobre o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana em Face de Alguns Tipos de Problemas do Poder Judiciário Brasileiro na Atualidade que Estimulam o Aumento do Uso da Cautelaridade do Processo. Mestrado em Direito. Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. 2002. p. 30.

¹³⁷ DOMINGUES, Renato Massoni. Algumas Reflexões Sobre o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana em Face de Alguns Tipos de Problemas do Poder Judiciário Brasileiro na Atualidade que Estimulam o Aumento do Uso da Cautelaridade do Processo. Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. 2002. p. 19.

a si mesmo em sociedade, respeito do Estado para com o cidadão e das pessoas em geral para com as outras, a fim de um bom convívio social (...).”

3.2 ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Passados os períodos das grandes guerras mundiais, deu-se um novo enfoque à pessoa, em consonância com suas relações jurídicas. Lisboa¹³⁸ explica:

Após o período de guerras mundiais e a elaboração de normas internacionais que culminaram com a Declaração da Organização das Nações Unidas - ONU, de 1948, o pensamento jurídico se perfilou no sentido de se conceder uma maior relevância à pessoa na relação jurídica.

No Brasil, adotou-se a constitucionalização do direito civil, como norma de orientação, determinaram-se princípios gerais, aplicáveis às relações jurídicas privadas. Desta forma, as relações negociais de forma geral, estão sujeitas aos princípios civis estabelecidos pela CRFB. Observa-se como objetivo maior, a dignidade humana com a garantia de seus vínculos jurídicos, englobando os considerados exclusivamente patrimoniais, como se observa no direito contratual.

No que tange a proteção do vulnerável, Lisboa¹³⁹ entende que a “dignidade humana, a solidariedade social e a função social dos institutos jurídicos, o individualismo cedeu seu lugar ao pensamento da proteção ao vulnerável e ao hipossuficiente”.

O mesmo autor¹⁴⁰ comenta que

Parte-se de uma premissa verdadeira sobre a igualdade. Todos deveriam ser iguais, mas não o são, seja por falta de oportunidade ou de condições para se desenvolver na sociedade. Nas relações jurídicas contratuais, devem-se privilegiar o economicamente mais débil e aqueles a quem a lei presume maior fragilidade. É o que sucede, por exemplo, com a proteção do empregado e do consumidor.

O Princípio da Dignidade Humana traduz-se na elaboração de seu significado, da situação do homem em sua relação com os demais, num contexto social de inter-relação, sem

¹³⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 68.

¹³⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 70.

¹⁴⁰ Idem, 2002, p. 71.

isolar-se. Desta forma, vem contribuir para que se oportunize estabelecer o alcance e os limites dos direitos fundamentais.

No dizer de Lisboa¹⁴¹

Todas as relações negociais submetem-se, assim como os demais vínculos de direito privado, aos princípios civis estabelecidos pela Constituição Federal. O objetivo é a dignidade humana e o seu asseguramento em todos os vínculos jurídicos, inclusive aqueles tradicionalmente considerados meramente patrimoniais, como é o caso do direito contratual.

O Princípio da Dignidade Humana está expresso no art. 1º, III e no art. 5º, III da CRFB/88¹⁴², que diz:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - (...);

II - (...);

III - a dignidade da pessoa humana.

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

I - (...);

II - (...);

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

E ainda no art. 170 da CRFB¹⁴³ encontra-se que “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, [...]”. Lisboa¹⁴⁴ explica que a “repersonalização da relação jurídica novamente colocou a pessoa no centro dos interesses, surgindo à solidariedade social como instrumento propulsor da satisfação das necessidades humanas. O caráter egoísta do individualismo cede à idéia de amparo e assistência”.

A Solidariedade passou a ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, I da CRFB.

Referente ao Princípio da Função Social do Contrato constata-se que este foi inserido na legislação civil brasileira como uma cláusula geral. Assim, pode-se compreender que através da função social, o contrato está inserido em um contexto social que pode até

¹⁴¹ Idem, Ibidem, 2002, p. 76.

¹⁴² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil

¹⁴³ Idem

¹⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 70.

modificar este pacto, que não é mais entendido como uma relação jurídica que serve restritamente para satisfazer interesse relativo às partes.

Prescreve o artigo 421 do CC/2002¹⁴⁵ que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Busca-se, portanto, no contrato, o bem comum no interesse da sociedade.

A promulgação de cláusulas gerais de contratação é talvez o mais forte exemplo de reconstrução do direito privado, adotando-se normas principiológicas de aplicação aos negócios jurídicos em geral.

Lisboa¹⁴⁶ explica o que são as cláusulas contratuais gerais: “Cláusulas contratuais gerais são dispositivos normativos que constam de lei de ordem pública ou de interesse social destinados a limitar a atuação da vontade de predisponentes e de destinatários indeterminados”.

As cláusulas contratuais gerais possuem características marcantes por serem pré-elaboradas na idealização do negócio jurídico pretendido.

Expõe ainda, Lisboa¹⁴⁷ quanto a sua rigidez e alcance que

[...] são cláusulas rígidas que não necessitam da adesão ou incorporação no instrumento negocial, pois sobre ele se aplicam independentemente do consentimento das partes e sem qualquer possibilidade de modificação do seu alcance; [...] são suscetíveis de utilização por pessoas indeterminadas.

Estas cláusulas gerais podem ser encontradas na legislação infraconstitucional. No que se refere aos Contratos de Adesão, estão especialmente no CDC e, mais recentemente, também no CC/2002.

Observa-se que desde o surgimento, os contratos trazem em seu bojo, princípios norteadores que servem como diretrizes interpretativas.

Rodrigues¹⁴⁸ ensina que são três os princípios básicos que constituíram a base da teoria contratual: “I - o princípio da autonomia da vontade, apenas limitado pela supremacia da ordem pública; II - o princípio da relatividade das convenções e III - o princípio da força vinculante do contrato, ou da obrigatoriedade das convenções”.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 12 jan. 2002.

¹⁴⁶ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 47.

¹⁴⁷ Idem, 2002, p. 46-47.

¹⁴⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo. Saraiva. 1999, p. 15.

Não obstante terem sido estes três princípios as grandes diretrizes no processo interpretativo dos contratos ao longo da história, Bierwagen¹⁴⁹ observa que, atualmente,

[...] considerando que a massificação das relações contratuais é inegável fator de restrição à possibilidade de escolha, quer quanto aos sujeitos, quer com relação ao conteúdo do negócio atingindo não só consumidores, mas também micro empresas, empresas de pequeno e médio porte - que para sua sobrevivência necessitam submeter-se ao poderio econômico de grandes corporações ou conglomerados -, é evidente que não se pode falar em paridade no momento da contratação e, conseqüentemente, em liberdade contratual.

Sendo assim, a par do estudo sobre estes princípios tal qual a doutrina clássica os entendia, deve-se trazer o atual entendimento dos doutrinadores brasileiros sobre as transformações ocorridas no conceito desses princípios e como a legislação brasileira vem acompanhando essas mudanças.

Pode-se traduzir o princípio da autonomia da vontade como o poder do indivíduo de contratar livremente, criando suas relações jurídicas através de sua manifestação de vontade, desde que esta esteja de acordo com as orientações impostas em lei.

Assim, expõe Rodrigues¹⁵⁰

O princípio da autonomia da vontade consistiria na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam. Desse modo, qualquer pessoa capaz pode, pela manifestação de sua vontade, tendo objeto lícito, criar relações a que a lei empresta validade.

Concernente a este princípio pode-se dizer que o mesmo se ramifica em dois outros; o princípio da liberdade de contratar ou não contratar e o princípio da liberdade de contratar aquilo que bem entender. Por conseguinte, como esclarece Rodrigues¹⁵¹, “[...] ninguém ficará preso a uma convenção, a menos que a lei o determine, ou a própria pessoa o delibere”.

Porém, não se pode ignorar a ordem pública frente ao princípio da autonomia da autonomia da vontade, desta forma observa Rodrigues¹⁵²:

[...], o princípio da autonomia da vontade esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo

¹⁴⁹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2003. p. 31-32.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

¹⁵¹ Idem, 2003, p. 17.

¹⁵² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17.

grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico.

De fato, a noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem barreiras limitadoras da liberdade individual em matéria de contrato. As normas do CDC e do CC/2002, que tratam sobre Contratos de Adesão são normas de ordem pública e, como tal, impõe limites à vontade das partes.

O CDC protege o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, inciso IV). No art. 51 do CDC, há um rol de cláusulas abusivas que serão consideradas nulas de pleno direito, onde se demonstra que, perante a legislação consumerista, a vontade das partes deve ser limitada. Oliveira observa que “a nulidade de pleno direito fulmina a cláusula contratual e por isso pode até ser reconhecida de ofício pelo juiz”¹⁵³.

Além destes, a revisão judicial dos contratos está prevista no art. 6º, inciso V, do mesmo diploma, que coloca como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. O CC/2002¹⁵⁴ também reflete tal princípio, de forma expressa, no art. 421, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A própria padronização das relações contratuais, característica dos Contratos de Adesão, teria levado à limitação do Princípio da Autonomia da Vontade, pois, como explica Santos¹⁵⁵:

[...] diminui-se a autonomia de todos, principalmente dos grandes contratantes, no intuito de aumentar a igualdade ou, pelo menos, minimizar a diferença. [...] o princípio é mitigado para viabilizar a proteção ao hipossuficiente, aí incluídos os interesses difusos e coletivos. Em virtude dessa proliferação dos contratos de adesão, remanesce a autonomia privada com maior ênfase apenas em relação à liberdade de contratar, entendida como a liberdade de aderir ao contrato.

Percebe-se que tanto o CDC quanto o CC/2002, superaram a antiga teoria que enunciara o *pacta sunt servanda*, que pregara o liberalismo. A vontade das partes foi reduzida na busca da atual função social do contrato. A autonomia da vontade cede lugar a uma maior

¹⁵³ OLIVEIRA, James Eduardo. Código de Defesa do Consumidor. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2007, p.352

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 12 jan. 2002.

¹⁵⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 76-77.

tutela da parte que somente participou do negócio com sua iniciativa e a quem não foi dada à possibilidade de se obrigar conscientemente, o que é próprio dos Contratos de Adesão.

Quanto ao princípio da relatividade das convenções, entende-se este, como tendo seu alcance restrito as partes contratantes, não estendendo seus efeitos a terceiros. No que tange a este princípio expõe Rodrigues¹⁵⁶:

[...] contém a idéia de que os efeitos do contrato só se manifestam entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. [...]. Como o vínculo contratual emana da vontade das partes, é natural que terceiros não possam ficar atados a uma relação jurídica que não foi imposta pela lei nem derivou de seu querer.

Porém, Bierwagem¹⁵⁷, que chama este princípio de princípio da relatividade dos efeitos, diz que aquela conceituação foi:

[...] coerente com o modelo clássico de contrato, cujo escopo era a satisfação de necessidades exclusivamente individuais das partes; daí tanto ser inadmissível que o contrato venha a operar efeitos sobre terceiros, como também que terceiros possam intervir nessa relação.

Contudo, atualmente, com a despersonalização dos contratantes, não se pode mais afirmar que o contrato só opera seus efeitos entre as partes, pois o contrato agora afeta toda uma sociedade. Como exemplo, tem-se hipoteticamente, a aplicação de cláusulas abusivas em um contrato de financiamento rural, que diretamente afetam o agricultor, mas indiretamente, toda a comunidade na qual faz parte. Em contrapartida, um contrato justo irradia benefícios para todos. A sociedade se desenvolve no todo e a qualidade de vida aumenta.

Santos¹⁵⁸ explica que:

O contrato, como fato social e econômico que é, tem efeito “cascata”. À proporção que o contratante imediato é lesado, toda a comunidade sente os prejuízos; da mesma forma, quando ambas as partes são beneficiadas pelo pacto, a vantagem é comum. Por esses motivos, não se pode observar o fenômeno apenas sob o prisma de contratante e contratado, pois o contrato passou a ser uma “instituição social” – os bons contratos, que promovem desenvolvimento econômico e social, são de interesse de toda a sociedade.

Desta forma, este princípio característico da doutrina contratual clássica, parece não ter mais lugar no atual estágio da teoria dos contratos. É o que diz Santos¹⁵⁹, citando Fábio Ulhôa Coelho, que observa que “o princípio da relatividade simplesmente não existe no

¹⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17.

¹⁵⁷ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

¹⁵⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 56.

¹⁵⁹ Idem, 2004, p. 56.

tratamento das relações de consumo feito pelo direito brasileiro”. Também, parece não haver no CC/2002 norma que ainda reflita este princípio.

Referente ao princípio da força vinculante das convenções tem-se o sentido de que depois de celebrado o contrato entre as partes, este se torna obrigatório, pois se cria um tipo de lei entre elas, vinculando suas obrigações.

Explica Rodrigues¹⁶⁰ que:

[...] - O princípio da força vinculante das convenções consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes. O contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual a do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção decorrente da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. *Pacta sunt servanda*.

Pereira¹⁶¹ explica que:

[...] o princípio da força obrigatória do contrato significa, a irreversibilidade da palavra empenhada. O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

Entretanto, Bierwagem¹⁶² observa que: “[...] a realidade após a metade do século XIX foi mostrando aos poucos que [...] não se podia mais falar em absoluta obrigatoriedade se não havia, em contrapartida, idêntica liberdade contratual entre as partes”.

O CC/2002, frente a essa tendência de amenização do rigor do princípio, incorporou expressamente em seu texto, a cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos de execução continuada e diferida (arts. 478 a 480), assim como os institutos da lesão (art.157) e do estado de perigo (art. 156), que permitem a interferência estatal. No CDC¹⁶³ também se vislumbra tal possibilidade em seu art. 6º, V, que diz ser direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Assim é que, observando-se imperativos surgidos da necessidade de se preservar igualdade e liberdade aos contratantes, não foi mais concebível a idéia de que o contrato

¹⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17-18.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 10-11.

¹⁶² BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30.

pudesse obrigar incondicionalmente as partes quando esses dois direitos não estivessem devidamente assegurados.

Deste modo, se atualmente não se pode mais compreender que o contrato seja absolutamente obrigatório, por consequência, faz-se necessário que se admita a intervenção do Estado sobre suas condições, e até mesmo, quando imprescindível, a sua resolução.

Embora no CC/1916 não houvesse expressado previsão a autorizar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, nossos tribunais a vinham aplicando com fundamento no princípio da equidade e da boa-fé, mas somente para casos específicos. No entanto, diante do CC/2002, sua aplicação deverá generalizar-se para todas as hipóteses que se enquadrarem no modelo instituído nos arts. 478 e 480.

Lisboa¹⁶⁴ acrescenta que:

O princípio da conservação do negócio jurídico, contudo, não é absoluto. Admite-se a mutabilidade parcial da avença, ou mesmo integral, com a sua extinção. A alteração das cláusulas negociais somente se verificará no caso de o contrato ser iníquo ou injusto, em patente prejuízo de uma das partes.

O contratante que se considerar prejudicado terá o legítimo interesse econômico para obter o provimento jurisdicional que determina a revisão do contrato. A doutrina vem apontando uma série de fundamentos que justificam a revisão judicial dos contratos: o enriquecimento sem causa, o abuso de direito, a onerosidade excessiva e o reequilíbrio da relação contratual.

Na revisão contratual pelo Poder Judiciário, têm-se mais uma exceção ao princípio de imutabilidade e de inalterabilidade dos contratos, onde o juiz busca a manutenção da relação jurídica contratual, através de sua equação financeira e equilíbrio jurídico, fundado em uma das três teorias expostas a seguir: a cláusula *rebus sic stantibus*; a teoria da imprevisão; e a teoria da onerosidade excessiva.

Observa-se que nos contratos que as circunstâncias das partes contratantes, sofrerem significativas alterações, tornando impossível seu cumprimento, ou que este signifique enorme sacrifício às partes, sujeitar-se-ão à revisão judicial.

Segundo Lisboa¹⁶⁵:

Coube ao direito canônico desenvolver a teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual entende-se implícita a todos os contratos a

¹⁶³ BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, 12 set. 1990.

¹⁶⁴ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 54.

¹⁶⁵ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 74.

existência de um dispositivo que estabelece que as obrigações contratuais somente podem ser integralmente cumpridas se subsistirem as condições econômicas existentes no momento da conclusão do negócio jurídico.

O fundamento da cláusula *rebus sic stantibus* se dá no sentido de retornar á relação jurídica, a situação anterior, através de uma decisão judicial modificativa do conteúdo do contrato.

Contempla-se ainda a teoria da imprevisão como uma exceção aos princípios da inalterabilidade e da intangibilidade do negócio jurídico, por trazerem em seu bojo, um fato imprevisível na relação inicialmente firmada.

Afirma Lisboa¹⁶⁶ que: “Os contratos de trato sucessivo ou de execução deferida no tempo (contratos de execução continuada), podem sofrer modificações decorrentes da ocorrência de evento superveniente”. Este fato superveniente que acaba por alterar e desequilibrar a relação contratual deve ser estranho ao pacto inicialmente celebrado, por se tratar de uma dessas hipóteses: caso fortuito, força maior ou fato de terceiro.

Segundo Lisboa¹⁶⁷, “a teoria da imprevisão se distingue da cláusula *rebus sic stantibus* porque exige a presença de um fator exógeno imprevisível que modifica a relação contratual”. Entende-se como fator estranho ao contrato, à intervenção do Estado nas relações jurídicas, principalmente, através de medida política econômica.

Pode-se entender ainda como onerosidade excessiva, a relação que se tornou muito onerosa aos contratantes, de forma inesperada, pela interferência de fatores externos, no momento de seu cumprimento. Assim, verifica-se grande desigualdade no momento da celebração, frente ao momento de cumprimento da relação contratual, de forma inesperada e extremamente gravosa as partes.

Assim, Lisboa¹⁶⁸ esclarece

Onerosidade excessiva é o fenômeno pelo qual a obrigação se torna mais gravosa no momento de seu cumprimento do que se poderia esperar, quando da celebração do contrato, em face de acontecimentos externos ou exógenos extraordinários e imprevisíveis, caso em que a resolução contratual somente pode se verificar através de sentença judicial.

Ressalta-se que basta a verificação do flagrante desequilíbrio jurídico e econômico na relação contratual, é razão suficiente para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva.

¹⁶⁶ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 75.

¹⁶⁷ Idem, p. 76.

¹⁶⁸ Idem, Ibidem.

Afirma Lisboa¹⁶⁹ que “A ação externa ou sua imprevisibilidade, no momento, não precisam ser demonstradas nem presumidas na aplicação da teoria da onerosidade excessiva. É suficiente a constatação do desequilíbrio econômico e jurídico”.

Como explica Lisboa¹⁷⁰,

[...] o puro e simples desequilíbrio entre as prestações autoriza o prejudicado a obter a revisão judicial do contrato, como garantia da sua execução eqüitativa. Tornando-se inviável a manutenção da relação contratual, o caso será de resolução do negócio jurídico.

Com isso, garante-se ao vulnerável ou ao hipossuficiente a continuidade da relação contratual, que não se torna inválida ou ineficaz pela existência de alguma cláusula nula ou anulável, desde que se torne possível a subsistência do equilíbrio contratual, mesmo com a eventual declaração judicial de nulidade ou de anulabilidade do dispositivo questionado.

3.3 CONTROLE DE PRÁTICAS CONTRATUAIS ABUSIVAS

O Código de Defesa do Consumidor vem representar uma notável mudança no que se refere às relações de consumo. As regras nele contidas obrigam os fornecedores a adaptarem seus contratos, tornando-os cristalinos, de boa-fé e equilibrados.

Segundo a doutrinadora Marques¹⁷¹:

As práticas comerciais dos fornecedores de produtos e serviços encontravam disciplina somente nas normas de direito comercial e nos princípios éticos de cada profissão e de cada comerciante. A formação de poderosos conglomerados econômicos deu origem às regras sobre concorrência desleal. Todas as normas, porém, tinham como ponto de partida, a preservação da liberdade de mercado ou a manutenção de um nível mínimo de ética nas atividades da profissão; nenhuma delas se preocupava com o destinatário destas práticas, o consumidor.

No CDC¹⁷², em seus arts. 39, 40, e 41, já é possível encontrar de maneira objetiva, várias práticas que são taxadas como abusivas Logo, estas atitudes são vedadas.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

¹⁶⁹ LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de Direito Civil - contratos e declarações Unilaterais: teoria geral e Espécies. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 76.

¹⁷⁰ Idem, 2002, p. 77.

¹⁷¹ MARQUES, Clóudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p. 684.

¹⁷² Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078/90.

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 disponham a adquirí-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 - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido;

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Este dispositivo que foi destacado apresenta 12 hipóteses de práticas comerciais abusivas. A relação das hipóteses é impositiva no que se refere aos seus propósitos e proibições. Ao tratar deste artigo, Marques¹⁷³, destaca que: “Resumidamente, o fornecedor de serviços não pode executá-lo antes da expressa autorização do consumidor, sendo obrigado também a, entregar um orçamento prévio bastante discriminado”.

E sobre o artigo 41 do CDC, supra transcrito, Marques¹⁷⁴ ainda expõe o seguinte: “A norma advém, sem dúvidas, das recentes experiências brasileiras com planos de estabilização econômica, congelamento e a cobrança de ágio nas relações de consumo, como danos para o consumidor”. Nota-se que as conseqüências civis da prática comercial abusiva não geram inibições a aplicação de outras medidas previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor, que tratam da especificamente da matéria.

O CDC, também da proteção a declaração de vontade do consumidor, visando ser esta refletida e decidida com tranqüilidade, protegendo assim, das técnicas agressivas utilizadas

¹⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p.702.

¹⁷⁴ Idem, 2002, p.703.

nas vendas a domicílio, o artigo 49, estabelece o direito de o consumidor ter um prazo obrigatório de reflexão bem como um direito de arrependimento. Assim dispõe o texto legal do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor:

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

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

Lopes¹⁷⁵, sobre o tema de arrependimento em contratos já celebrados conclui:

O consumidor pode se arrepender do contrato de consumo celebrado, sem que haja a necessidade de justificar o porquê da atitude, pode-se dizer que a denúncia vazia do contrato de consumo é direito do consumidor. Contudo é necessário que o contrato tenha sido celebrado fora do estabelecimento comercial para que incida, plenamente, este direito.

O doutrinador Lopes¹⁷⁶ ainda tece explicação sobre o direito do prazo para arrependimento nos contratos celebrados, veja-se:

O CDC dispõe de forma definitiva no seu Art. 49, a existência da relação jurídica de consumo durante o período de reflexão. Assim discorre o artigo; "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias...", portanto, pode-se concluir que o sistema brasileiro pressupõe a existência do contrato, restando apenas o questionamento sobre sua eficácia.

Da forma como é disposto o direito de arrependimento, chegamos à conclusão de que contrato firmado nas vendas a domicílio seria um contrato, por lei, resolúvel de pleno direito, uma vez que é facultada ao consumidor no prazo legal de reflexão através de simples manifestação unilateral de vontade desistir do contrato, sem sequer arcar com os ônus contratuais normais da resolução por inadimplemento. Portanto, o contrato se resolve por atuação desta "cláusula resolutiva tácita", liberando os contratantes, todavia sem apagar todos os efeitos nascidos do contrato, mas operando retroativamente para restabelecer o status quo ante (deseja além de tudo evitar o legislador o enriquecimento de qualquer dos contratantes).

¹⁷⁵ LOPES, Osmar. Trabalhos sobre Direito do Consumidor. Direito de Arrependimento. www.geocities.com/osmarlopes. Acesso em 22/04/2010.

¹⁷⁶ Idem

O dispositivo legal número 49 do Código de Defesa do Consumidor, foi concebido para dar proteção à declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser refletida e decidida com tranqüilidade, protegida das técnicas agressivas, como a de venda a domicílio.

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

Procura-se, assim, evitar as abusividades ocorridas no contrato, e ao mesmo tempo, disciplinar a venda, dando direitos ao consumidor, como por exemplo, o da reflexão e um possível arrependimento, como forma de coibir a prática abusiva, bem como, proteger o consumido.

3.4 BENEFÍCIOS ALCANÇADOS PELA LEI 8078/90

O legislador, no CDC em seu Capítulo II - Da Política Nacional de Relações de Consumo, procurou tutelar o consumidor, por reconhecer sua vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I¹⁷⁷) nas relações de consumo, oferecendo-o respaldo com a possibilidade de intervenção estatal (artigo 4º, inciso II, alínea “c”¹⁷⁸) a fim de protegê-lo.

Sustenta Almeida¹⁷⁹ acerca dos motivos pelos os quais, segundo ele, o legislador protege o consumidor:

O objetivo da defesa do consumidor não é nem deve ser o confronto entre as classes produtora e consumidora, senão o de garantir o cumprimento do objetivo da relação de consumo, ou seja, o fornecimento de bens e serviços pelos produtores e prestadores de serviço e o atendimento das necessidades do consumidor, este, porém, juridicamente protegido pela lei e pelo Estado.

O que se procura, é que exista o equilíbrio entre fornecedor e consumidor, já que se sabe que há grande desequilíbrio nas relações de consumo, este objetivo, é buscado pelo CDC.

¹⁷⁷ Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁷⁸ Art. 4º (...) II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: c) pela presença do Estado no mercado de consumo.

¹⁷⁹ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 33

A esse respeito cita-se Almeida¹⁸⁰ que leciona dizendo “(...) nada mais justo e correto do que buscar restabelecer o equilíbrio desejado quer protegendo o consumidor, quer educando-o, quer fornecendo-lhe instrumentos de superação destes desequilíbrios”.

A fim de alcançar este almejado equilíbrio o legislador trouxe no texto do CDC a figura da responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova, por ter reconhecido, também, a vulnerabilidade do consumidor.

Neste sentido, é o ensinamento de Filomeno¹⁸¹:

Isto tudo mais que justifica o princípio da “inversão do ônus da prova” aliada à “responsabilidade objetiva” pelo fato do produto, já consagrados nas legislações de diversos países e agora do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor que consagrou, dentre os princípios da “política nacional de relações de consumo” o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Passa-se a estudar, agora, estes dois institutos, quais sejam inversão do ônus da prova e responsabilidade objetiva de forma mais específica, para melhor compreensão da questão.

Inicialmente deve-se lembrar que por ser, o CDC, um código autônomo e próprio, ele somente utiliza-se do CPC subsidiariamente, ou seja, o art. 333¹⁸² do CPC, que versa acerca do ônus da prova, não é utilizado no direito consumerista, por ter o CDC previsão em seu próprio texto.

Nunes¹⁸³ averba acerca da base principiológica, em relação às provas do CDC dizendo que:

Entender a produção de provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiológica da Lei 8.078, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência (especialmente em técnica de informação, mas também econômica), o plano geral da responsabilização do fornecedor, que é de natureza objetiva etc.

Portanto, percebe-se que, em se tratando de direito consumerista, deve-se levar em consideração que a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, fazem com que a produção de provas fique a cargo do fornecedor. Estes são fatores que influenciam no ônus do fornecedor em produzir as provas.

¹⁸⁰ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 33

¹⁸¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 7ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 321

¹⁸² Art. 333 CPC: O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; Parágrafo Único: É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

¹⁸³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 121.

Cabe ao juiz decidir, se haverá a inversão do ônus da prova, ele fará se houver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. É o que preceitua o artigo 6º, inciso VIII do CDC, abaixo:

Art. 6º: São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Segundo Bandeira¹⁸⁴, em relação à verossimilhança e hipossuficiência do consumidor:

Se o consumidor fizer uma prova que leve o juízo a ter fortes indícios de que a verdade está de seu lado (verossimilhança) ou de que não tem condição de provar o alegado em razão de sua situação social, econômica ou cultural (hipossuficiência), o juiz pode inverter o ônus da prova.

Em se tratando de verossimilhança, em relação à inversão do ônus da prova Nunes¹⁸⁵ elucida:

É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura, desde logo, possa-se aferir forte conteúdo persuasivo. E, já que se trata de medida extrema, deve o juiz aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança na relação com os elementos trazidos pela contestação.

A respeito da hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor com a finalidade da inversão do ônus da prova Nunes¹⁸⁶ tece o seguinte comentário:

O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico. (...) hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão de ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

Bem interpreta Nunes¹⁸⁷, este instituto da hipossuficiência, o autor tem o intuito de explicar que o legislador não procurou proteger o mais pobre, ou seja, não é o mais pobre que é beneficiado com a inversão do ônus da prova. Pois se assim quisesse, não se faria necessário

¹⁸⁴ BANDEIRA, Alexandre Domingues Martins. O instituto da inversão do ônus da prova no CDC. Artigo transcrito do site Revista Autor. Revista Consultor Jurídico, 9 de abril de 2003.

¹⁸⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 123.

¹⁸⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 123 e 124.

¹⁸⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 124.

a inversão do ônus da prova e sim que determinasse ao fornecedor pagar as custas do processo e da produção de provas.

Explica Nunes¹⁸⁸, em outra obra, que:

O consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento, nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos. Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado.

E ainda, bem lembra Nunes¹⁸⁹, que não deixam de ser hipossuficientes os consumidores com grande capacidade econômica, já que se trata de hipossuficiência técnica e de informação. Portanto, pessoas com alto grau de riqueza financeira, também podem ser considerados hipossuficientes, pois mesmo sendo mais ricas que o próprio fornecedor do produto ou serviço, tem deficiência técnica em relação ao mesmo e pode ter sido alvo de falta ou insuficiência de informação.

Grinover¹⁹⁰ conclui, ainda a respeito da prova, em se tratando de inversão do ônus da prova asseverando que: “Com a inversão do ônus da prova, aliada à chamada “culpa objetiva”, não há necessidade de provar-se dolo ou culpa (...)”.

Nestes casos o consumidor não precisa provar a culpa, pois com a responsabilidade objetiva é ao fornecedor que cabe provar, pois se leva em consideração o risco que o fornecedor assume ao expor um produto ou serviço no mercado.

Completa Nunes¹⁹¹, acerca da indenização ao consumidor discorrendo que, entretanto, haverá “necessidade de o consumidor provar o nexo de causalidade entre o produto, o evento danoso e o dano, para pleitear a indenização por acidente de consumo”.

Ou seja, cabe ao consumidor mesmo que com a inversão do ônus da prova, demonstrar o nexo causal entre o dano, o evento danoso e o produto ou serviço.

Em se tratando de CDC a responsabilidade civil é objetiva e está prevista em seus artigos 12 e 14, sendo que o 12 traz a seguinte redação:

¹⁸⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor: com exercícios. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009, p.610

¹⁸⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 124

¹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 128.

¹⁹¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 121.

Art. 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Portanto, para que o consumidor não se veja obrigado a mostrar a culpa do produtor, fabricante ou construtor já que muitas vezes difícil, o CDC preocupou-se em responsabilizar de forma objetiva o mesmo.

É também conhecida como teoria do risco, que como bem disserta Nunes¹⁹² em relação risco x valor: “A redução da margem de risco a baixos níveis eleva o custo a valores astronômicos”.

Com isso o autor quer dizer que, com a produção em massa, ou em série, o produtor, fabricante, construtor, não consegue de maneira viável colocar no mercado 100% de produtos sem defeitos ou vícios, apesar de toda a tecnologia utilizada pela indústria de série que não quer problemas por fatos de seus produtos.

O direito civil na condição de microssistema autônomo em separado ao direito consumerista, abarcado pelo CCB, especialmente o de 1916, tem como regra disposta pelo legislador a responsabilidade subjetiva, onde se faz necessário que se prove o dolo a culpa do agente, através de imprudência, imperícia ou negligência.

Já no direito consumerista, a regra geral é a da responsabilidade objetiva como bem esclarece Acquaviva¹⁹³:

O código prescreve, ainda para o fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro, importador e o comerciante, a responsabilidade objetiva, qual seja, a que independente da demonstração de culpa do lesante. Tal regra se aplica, também, ao fornecedor de serviços (...).

Acquaviva¹⁹⁴ lembra ainda, que há exceção expressa no CDC no qual a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais quanto a prestação de serviços, depende da demonstração de culpa, ou seja, é responsabilidade subjetiva, onde cabe ao lesado demonstrar a culpa do lesante. É o previsto no parágrafo 4º do artigo 14 do CDC, que assim prevê: Art. 14: (...). Parágrafo 4º: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹⁹² Idem, 2000, p. 146.

¹⁹³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira. 2004. p. 1199.

¹⁹⁴ Idem, 2004. p. 1199.

Filomeno¹⁹⁵, acerca dessa responsabilidade objetiva prevista no código conclui:

(...) o interesse público exige a máxima proteção à saúde e segurança pessoais, já que o fato de se colocar um produto ou serviço no mercado já acarreta a responsabilidade exatamente porque seu responsável assegura sua fruição normal, ficando o consumidor sempre em situação de vulnerabilidade por não exercer nenhum tipo de controle sobre os produtos e serviços que são colocados à sua disposição. Há, por conseguinte, uma expectativa de fruição normal donde a responsabilização objetiva, e que se constitui em uma “garantia implícita” quanto a tal fruição.

Portanto, por ser o consumidor parte vulnerável na relação jurídica, o fornecedor passa a responder objetivamente, quando se tratar de direito consumerista.

3.5 ASPECTOS DO ENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

Segundo Ragazzi¹⁹⁶, o desenvolvimento econômico, em seu alto grau de industrialização e sofisticação tecnológica, aliado à grande e concentração da atividade empresarial e de capitais, constitui fator decisivo na formação da sociedade de consumo de massa. Todavia, ainda para o mestre, “a lógica de funcionamento dessa sociedade produz reflexos e disfunções no mercado, além de lesões em alta escala aos consumidores, desafiando a necessidade imediata de sua defesa”. O novo Código Civil brasileiro, aprovado em 10.01.2002, reforça a tese da necessidade de se pensar seriamente no Brasil sobre superendividamento, pois ao unificar as obrigações civis e comerciais e ao criar a figura do empresário, deixa ao direito do consumidor, a proteção do contratante mais fraco nestas relações mistas (civil-consumidor e comerciante-fornecedor).

Segundo Costa, a questão do superendividamento do consumidor brasileiro vem ganhando um espaço enorme para discussão no panorama nacional num momento em que a facilidade do acesso ao crédito está em plena eclosão no país¹⁹⁷. Já para Rafaela Consalter (Apud Costa, 2002):

Atualmente, o excesso de oferta de crédito fácil e rápido é muito intenso e ostensivo que o consumidor precisa travar três diferentes batalhas: a primeira, contra si mesmo e seu desejo de “ter”; a segunda, contra a avalanche virtual da publicidade via televisão, Internet, telefone, etc.; e, uma

¹⁹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. São Paulo: Atlas. 2004. p. 330.

¹⁹⁶ RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2010, p.11

¹⁹⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins. O direito do consumidor e a técnica do prazo de reflexão, São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 2002, p. 258.

terceira, contra o ataque físico, quando, caminhando pelo centro da cidade, é incessantemente abordado por homens e mulheres de panfleto em punho.

O endividamento é considerado um fenômeno intrínseco à sociedade atual, na qual o cidadão adquire status na sua comunidade na proporção dos bens que consome: quem tem mais, é mais. Nesse sentido, Márcio Mello Casado¹⁹⁸, atribui o superendividamento às sociedades de massas, “onde o consumo é cada vez mais incentivado, através de publicidades agressivas, geradoras de falsas necessidades”. Todavia, lembra o autor, que tal o superendividamento pode também:

Ser fruto de atos de credores que, rompendo com as justas expectativas dos devedores, cometem ilícitos no afã de obterem margens de lucro cada vez maiores. Até sob o prisma, revela-se claro que este fenômeno é característico da sociedade onde o consumo é constantemente valorizado, passando a pessoa humana a ser vista como algo com potencial de compra.

Observa Ragazzi¹⁹⁹ que “na realidade, até há pouco tempo, o direito preocupava-se tão somente com as relações singularmente consideradas, surgindo apenas recentemente a preocupação com as relações de massa”, conforme sua explanação inteligente “exorbitantemente multiplicadas entre consumidores e fornecedores, ao lado do aparecimento dessa tão conhecida sociedade de massa”. Não se olvida que a ausência clara e objetiva de políticas públicas voltadas, principalmente, para a geração de novos postos de emprego e para o acesso à educação são fatores que geram o agravamento da pobreza e, conseqüentemente, desencadeiam o fenômeno do superendividamento.

Marques²⁰⁰ define o superendividamento como:

A impossibilidade global do consumidor devedor, leigo e considerado de boa-fé, de quitar todos os seus débitos atuais e futuros de consumo. Este “estado” é considerado como um fenômeno social/jurídico, a necessitar algum tipo de solução a ser tomada pelo Direito do Consumidor.

No direito brasileiro, em face do CDC, parece ser possível considerar-se a existência do dever de renegociação a favor do consumidor, pois tanto o art. 6º, V, menciona o direito do consumidor de pedir a modificação do contrato em caso de onerosidade excessiva, quanto nos

¹⁹⁸ CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 2005, p. 131.

¹⁹⁹ RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2010, p.16

²⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, 2005, p. 12.

arts. 52 e 53 mencionam o direito à informação, ao pagamento antecipado e devolução das quantias pagas.

Parece possível também no Brasil, o requerimento da antecipação desta modificação e, conseqüentemente, a cooperação do parceiro-fornecedor (dever de renegociação) para a readaptação do contrato (princípio de boa-fé do art. 4º, III) e sua manutenção.

Se o consumidor, no sistema do CDC, tem o direito (material) de devolução razoável das parcelas pagas (art. 53), tem o direito de escolher continuar a relação ou rescindir (arts. 54, § 2º, e 51, XI), tem o direito de requerer ao juiz que modifique as cláusulas excessivamente onerosas por fatos supervenientes (art. 6º, V), e o sistema determina a continuação dos contratos (art. 51, § 2º).

Parece que o consumidor tem o direito de propor a ação de rescisão e restituição das importâncias pagas (art. 75), mesmo que inadimplente). A jurisprudência do STJ tem sido sensível a esta necessidade subjetiva do consumidor, mesmo que já em estado de inadimplência, de conseguir rescindir os contratos cativos de longa duração, de forma a evitar sua ruína ou o superendividamento definitivo.

Segundo o STJ²⁰¹, tal direito é apenas do consumidor, em face do mandamento geral de manutenção dos contratos cativos de longa duração (art. 52, § 2º), e aos mandamentos especiais tutelares apenas dos consumidores de devolução razoável das parcelas pagas (art. 53), de cooperação e lealdade (art. 6º, VI) e de modificação das cláusulas tornadas excessivamente onerosas por fatos supervenientes (art. 6º, V).

Se a rescisão é o remédio tradicional para a frustração dos contratos cativos de longa duração, o novo aqui é a aceitação de circunstâncias subjetivas passivas, como a perda do emprego, acidentes, divórcios etc.; como causas possíveis de inadimplemento sem culpa. O novo aqui é o dever de cooperar e renegociar; a aceitação da teoria do adimplemento substancial a favor dos consumidores, como tem feito a jurisprudência.

Os princípios que regulamentam as fases da formação e da execução do contrato de crédito e aquelas que disciplinam os bancos de dados contendo informações pessoais dos consumidores e a atividade de cobrança de dívidas é essencial, onde a busca da transparência e da boa-fé e do equilíbrio contratual deve sempre estar presente.

Nas sociedades de consumo em que se vive, o tema “superendividamento do consumidor” é analisado como problema jurídico que o é, onde legislações especiais estão sendo criadas para dirimir este problema, que faz parte de uma sociedade de consumo. Há

²⁰¹ Resp 115.671/RS, Min. Waldemar Zveiter, DJ 02.10.2000.

constantemente um tipo de falência civil do consumidor, mas procura-se evitar a ‘morte’ total do homo economicus, pois os contratos de consumo são considerados momentos de cooperação e lealdade entre fornecedor e consumidor, e não de destruição ou falta de opções do parceiro contratual mais fraco, ou seja, o consumidor.

Bem observa, de forma muito inteligente e magistral Ragazzi²⁰², para quem:

Tal demanda trouxe ao mercado consumerista a ampliação dos sistemas de marketing vastamente persuasivo, indutor e controlador das pessoas, capaz até mesmo de condicionar suas condutas consumistas. O que deveria vir em prol do consumidor, antes de beneficiá-lo, deixou-o numa situação de extrema fragilidade e vulnerabilidade em relação ao fornecedor, de modo que houve uma premente necessidade de intervenção hierárquica para o fim de salvaguardar o equilíbrio social, buscando condições mínimas ou mesmo máximas para esse fim.

O superendividamento chega a levar o consumidor a ter seu patrimônio imobilizado para solver dívidas. Não é necessário que o Estado pague as dívidas contraídas pelo cidadão, o que se nota é a hipossuficiência marcante do consumidor brasileiro no controle e quitação de suas dívidas, tanto no aspecto jurídico como psicológico, pelo mercado feroz e impensado que o atinge.

O consumidor não é o único a ser marcado pelo superendividamento, mas toda coletividade envolvida, desequilibrando a balança econômica do país. Não é necessário haver apenas transparência e boa-fé contratuais, mas, sim, existe uma necessidade política imediata para a conscientização da massa populacional sobre sua capacidade financeira, bem como lembretes de que a cada ano valores utilizados em bens podem carecer nas responsabilidades corriqueiras.

O Estado tem os instrumentos legais para o controle do superendividamento, mas permanece omissivo, devendo ser responsabilizado e procurar levar uma consciência de controle no consumo. Não é necessário haver um enxugamento do consumo que poderá gerar uma contrapartida como fechamento de empresas de produtos e serviços, mas, sim, inserir neste contexto o princípio do razoável e da verdadeira livre vontade consumerista.

Não existe um estudo específico sobre o impacto dos juros, multas, correção monetária e sentenças judiciais no mercado financeiro no Brasil. Percebe-se que nenhum índice segue o princípio da legalidade e as instituições financeiras abarrotadas de resultados positivos realizam um acúmulo de moeda e bens pelas errôneas informações inflacionárias dadas pelo

²⁰² RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2010, p.19

Executivo e chanceladas pelo Judiciário, destoando da realidade e causando atrito, com presentes e futuras conseqüências nefastas.

As miragens da publicidade, as facilidades do crédito, o discurso sedutor dos vendedores estimulam as compras inconsideradas, provocam o superendividamento. Os consumidores brasileiros têm a necessidade de um Direito que possa ainda mais prevenir o superendividamento. Ao mesmo tempo, é preciso socorrer os cidadãos que se encontram em estado de endividamento excessivo, instituindo um procedimento especial a este fim. Portanto, conforme lição de Ragazzi²⁰³ “a defesa do consumidor não é incompatível com a livre iniciativa e o crescimento econômico”. Na verdade “o que o código de Defesa do Consumidor busca é promover o equilíbrio econômico e jurídico entre as partes envolvidas na relação de consumo”²⁰⁴.

²⁰³ RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2010, p.70

²⁰⁴ RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros, São Paulo. Editora Verbatim, 2010, p.71

4 CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1 PRINCÍPIOS E FORMAÇÃO CONTRATUAL

Para que se possa estudar os contratos em si, faz-se necessário estudar os princípios, pois são eles os alicerces do ordenamento jurídico, moldando todas as normas, de conduta ou de organização, retirando suas arestas e imprimindo-lhe o alcance e a direção.

Para Humberto Theodoro Júnior²⁰⁵:

A idéia tradicional de contrato vê na vontade dos contratantes a força criadora da relação jurídica obrigacional, de sorte que nesse terreno prevalece como sistema geral à “liberdade de contratar”, como expressão daquilo que se convencionou chamar de “autonomia da vontade”.

Compreende-se por autonomia da vontade o poder reconhecido as partes para regularem as condições e modalidades de seus vínculos, decidindo a matéria e a extensão.

Assim ensina Gomes²⁰⁶ sobre o princípio da autonomia da vontade:

O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no direito contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

E prossegue Gomes²⁰⁷, no que tange a liberdade de contratar manifestando-se em três pontos:

- liberdade de contratar propriamente dita (...) é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente.

- liberdade de estipular o contrato;

- liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

Sendo justo o contrato, devem as partes convencionar aquilo que lhes prouver,

²⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Contratos – Princípios gerais – Tendências do direito contratual contemporâneo – Abrandamento dos princípios tradicionais – Intervenção estatal crescente – Impacto do Código de Defesa do Consumidor. RT 765/11-33, jul./99. p. 13

²⁰⁶ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.25.

constituindo um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo o que não é proibido em lei. Podem, portanto, discutir todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei, ou quaisquer outros inéditos que imagine, escolher a melhor forma de declaração de vontade e fixar os seus efeitos.

Porém, tal liberdade não é absoluta, sofrendo algumas limitações, quanto ao assunto, doutrina Gomes²⁰⁸:

A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-se: a ordem pública (...) aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade, e os bons costumes (...) dentre outros os seguintes contratos: 1º) os relativos á exploração de casas de tolerância; 2º) os concernentes as relações entre concubinários; 3º) os que tem por objeto a corretagem matrimonial; 4º) os que dizem respeito ao jogo; 5º) os que objetivam a venda ou o comércio de influência; 6º) os que consagram, sob qualquer forma, a usura no mútuo.

Os contratos que têm causa contrária a leis de ordem e aos bons costumes são nulos, estabelecendo-se desta forma, limitações à liberdade de contratar.

Para o princípio do consensualismo o acordo de vontades é suficiente para a perfeição do contrato, sendo conquista recente do pensamento jurídico. Nas civilizações anteriores, dominavam o formalismo e o simbolismo. A formação do contrato subordinava-se à observância de determinada forma ritual.

Sampaio²⁰⁹ ensina que “Adotado modernamente, o princípio do consensualismo é aquele segundo o qual os contratos se aperfeiçoam, como regra, com o simples acordo de vontades.”

Gomes²¹⁰ revela:

(...) O consentimento – solo consensu – forma os contratos, o que não significa sejam simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os contratos solenes e os contratos reais. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.

O acordo de vontades é suficiente para a perfeição do contrato, não se exigindo forma

²⁰⁷ Idem, 1999, p.26.

²⁰⁸ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.27.

²⁰⁹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil - Contratos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20.

²¹⁰ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.37.

especial, porém, alguns contratos necessitam que certa condição seja cumprida, como os contratos formais em que a lei estabelece certas solenidades especiais e os contratos reais que dependem para seu aperfeiçoamento da entrega da coisa de um contratante ao outro, assim, evidentemente nem sempre prevalece tal princípio.

O princípio da força obrigatória e teoria da imprevisão estabelece que o contrato é lei entre as partes. Os contraentes devem cumprir as obrigações pactuadas como se fossem cláusulas pétreas. Quem contrata livremente, passa a ser escravo no contrato que celebrou (pacta sunt servanda).

GOMES²¹¹, neste contexto, afirma que:

Celebrado o contrato, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.

Assim, a regra geral, é o da intangibilidade do contrato, nem mesmo o juiz pode intervir no seu conteúdo, nem as partes alterá-lo unilateralmente.

Neste íterim Sampaio²¹², dispõe:

Esse é o princípio que dá segurança às relações contratuais e que, portanto, proíbe a retratabilidade pura e simples de uma das partes e mesmo a revogação unilateral das obrigações contraídas ou de algumas cláusulas estipuladas.

Em determinadas situações, esse princípio sofre certas atenuações. Passou-se a aceitar a possibilidade de intervenção judicial, como exceção ao princípio da intangibilidade dos contratos, sempre que a ocorrência de um acontecimento extraordinário, não previstos pelas partes no momento da formação do contrato, acarretasse a onerosidade excessiva para um dos contraentes, levando-o à ruína. Aludida intervenção é titulada como Revisão Judicial do Contrato e é proveniente da chamada Teoria da Imprevisão.

Sampaio²¹³, assim leciona tal teoria:

A teoria da imprevisão, consistente na possibilidade de revisão dos contratos já aperfeiçoados, chega a admitir, em seu grau máximo, a própria inexecução das obrigações sem responsabilidade do contratante, ou seja, verificada sua hipótese de incidência, pode, inclusive, gerar efeito liberatório, extinguindo, portanto, o vínculo contratual.

Essa revisão tem lugar quando, verificada circunstâncias imprevisíveis e anormais, venha a tornar o contrato para uma das partes extremamente oneroso, de modo a beneficiar,

²¹² SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil - Contratos. São Paulo: Atlas, 2002, p.21

indevidamente, a outra. Verificado tal desequilíbrio, dá-se ensejo, então, a que o Poder Judiciário venha readequar o vínculo contratual, restabelecendo o equilíbrio inicial, ou mesmo extingui-lo.

Muito se discutiu antes da entrada em vigor do novo Código Civil, pois não havia, de modo expresso, a teoria da imprevisão, Entretanto a Doutrina e a Jurisprudência consagraram tal teoria, passando a ser adotada expressamente no novo Código Civil em seu artigo 478.

O princípio da boa-fé não é exclusivo do direito contratual, atua como um princípio geral de direito. Todavia, nos contratos, assume grandes proporções dadas o vínculo obrigacional criado pelo acordo de vontades.

Assim explica Sampaio²¹⁴, sobre este princípio:

Segundo esse princípio, deve-se entender que entre as partes contratantes, embora defendam interesses economicamente opostos, prevalece o espírito de confiança e lealdade. Isto é, cada uma das partes age a fim de buscar, efetivamente, os fins que levaram a convergir suas vontades. Assim, entre credor e devedor deve existir colaboração recíproca que possibilite o cumprimento das obrigações assumidas, sendo-lhes desfeito, portanto, praticar atos desleais que obstem a extinção normal das obrigações contraídas.

Este princípio preconiza que o que está escrito não deve prevalecer sobre o que manifestamente as partes desejavam. Assim, os contratantes, ao se obrigarem, verificam o que podem ganhar e o que podem perder pela contratação diante das informações fornecidas, seja em relação ao conteúdo ou ao objeto contratual. A omissão dolosa em relação às qualidades essenciais do objeto, ou da extensão das obrigações assumidas, vicia o contrato, resultando na má fé de uma das partes.

Os contratantes devem, na verdade, ajudar um ao outro no cumprimento do contrato, desta forma, não deverá o credor realizar atos que venham a agravar a situação do devedor.

Já o princípio da relatividade dos efeitos do contrato preconiza que o contrato vale entre as partes contratantes, não trazendo benefícios, nem prejudicando terceiros.

O ponto principal para a construção do princípio é quanto aos efeitos internos do contrato.

A respeito da matéria doutrina Gomes²¹⁵:

Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra não é possível criar mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação comporta, somente, as partes. Em síntese,

²¹³ Idem

²¹⁴ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil - Contratos. São Paulo: Atlas, 2002, p.21

²¹⁵ GOMES, Orlando. Contratos. São Paulo: Atlas, 1999, p.43.

ninguém pode tornar-se credor ou devedor contra a vontade se dele depende o nascimento do crédito ou da dívida.

Conclui-se, desta forma, que para adquirir, modificar, ou extinguir direitos, se faz necessário impreterivelmente a declaração de vontade das partes, portanto, não pode terceiros, que não manifestaram sua vontade, contrair obrigações nem se sujeitar aquelas contraídas por outros.

A declaração inicial da vontade dirigida a uma pessoa, com a intenção de formar o contrato, é chamada de proposta ou oferta. À parte que a faz a emissão, desta declaração inicial é chamada de proponente ou polícitante. A declaração de vontade da outra parte, que concorda com a formação do contrato é chamada de aceitação. À parte que o exprime é chamada de aceitante ou oblato.

Gomes²¹⁶, confirma o acima exposto desta forma:

A declaração inicial, que visa suscitar o contrato, chama-se proposta ou oferta. Quem emite é denominado proponente ou polícitante. A declaração que lhe segue, indo ao encontro ao seu encontro, chama-se aceitação, designando-se aceitante ou oblato o declarante.

O vínculo contratual nasce quando a proposta e a aceitação são confirmadas, sendo que o contrato só é perfeito, quando a acordo entre os negociantes, se faz, quanto a todas as cláusulas.

Antes que seja concluído o contrato as partes praticam atos preparatórios, que visam o estabelecimento do vínculo contratual, começando pelas negociações preliminares, que tem por finalidade debater as condições e a conveniência da contratação, onde tomam conhecimento do conteúdo e extensão do vínculo, através de breves apontamentos ou de minutas que conterão uma prévia do futuro contrato, que não tem força vinculante, embora haja relevância jurídica.

Gomes²¹⁷, assim discorre:

Os atos preparatórios tendentes direta e imediatamente á constituição do vínculo contratual apetecido começam pelas negociações preliminares, ou tratativas freqüentemente reduzidas a escrito em um instrumento particular chamado minuta, que pode ou não ser assinada pelos negociadores. A minuta não passa de simples projeto de contrato, sem eficácia vinculante, como é sabido. A luz dessas noções elementares, não existe ainda contrato se, nas tratativas, limita-se o ajuste a ser documentado, para facilitar, numa simples minuta. Contrato por enquanto não existe.

²¹⁶ Idem, 1999.p.59.

²¹⁷ GOMES, Orlando. Contratos. São Paulo: Atlas, 1999, p.60.

Porém, Gomes²¹⁸, ensina que as negociações preliminares podem terminar em indenização a uma das partes, conforme segue:

Mas, se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo as negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há em verdade, uma responsabilidade pré-contratual.

Gomes²¹⁹ conceitua proposta como sendo “a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público”. A proposta deve ser séria e objetiva e deve conter todos os aspectos principais, para que o negócio, possa se realizar na sua totalidade, demonstrando exatamente o que a outra parte está por adquirir.

Walt²²⁰, sobre a proposta e seus efeitos doutrina que:

A proposta de contrato obriga o proponente, como toda a declaração de vontade, se o contrário não resultar dos seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso, deixando, todavia a policitação de ser vinculatória se feita, a pessoa ausente, esta não responder dentro do prazo estipulado ou do prazo razoável. Deixa também de obrigar o proponente a policitação quando, antes ou simultaneamente com ela, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Denota-se, portanto, que aquele que fez a proposta pode retratar-se enquanto a outra parte não dar o aceite, pois não há obrigação sem que haja direito adquirido, Porém ao realizar uma proposta com prazo estipulado, o proponente cria na mente do destinatário uma expectativa que pode fazer com que o destinatário obtenha despesas, recuse outros negócios até mesmo realize outras contratações, imaginando o negócio futuro pela proposta que lhe foi passada pelo proponente, assim á de imputar-se responsabilidade pela revogação da proposta.

Gomes²²¹ ensina que aceitação “é a aquiescência a uma proposta, ou seja, a aceitação é a concordância a uma proposta e confirma-se através de um simples ‘sim’ ou ‘de acordo’.”

Bessone²²² trata o assunto nestes termos:

(...) a aceitação deve corresponder integralmente à proposta (...) é corrente a opinião de que a falta de conformidade da aceitação com a proposta impedirá a formação do contrato e valerá como contraproposta, ou como recusa da proposta primitiva seguida de nova proposta, esta partida do destinatário daquela.

²¹⁸ Idem, 1999, p.64

²¹⁹ Idem, Ibidem, p.65.

²²⁰ WALT, Arnaldo. Obrigações e Contratos. São Paulo: RT, 1995, p. 199.

²²¹ GOMES, Orlando. Contratos. São Paulo: Atlas, 1999, p. 67.

²²² BESSONE, Darcy. Do contrato teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 147.

Portanto, concluí-se que deve haver total concordância do aceitante com a proposta feita pelo proponente para formar o contrato, a aceitação tem que ser plena. Adições, restrições e modificações, importam em uma contraproposta, se aceitar a contraproposta passará da condição de proponente para aceitante e o aceitante para a condição de proponente.

4.2 DOS CONTRATOS DE ADESÃO

Rodrigues²²³ citando Beviláqua, a respeito de contrato diz que:

[...] é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. Sendo assim, toda vez que um negócio jurídico depender de vontade dos contra entes, encontramos na presença de um contrato, pois é isto que Beviláqua quer dizer, que contrato nada mais é do que um acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos.

É certo que os contratos se classificam em várias formas. Sendo estas: contratos bilaterais (ou sinalagmáticos) e unilaterais, onerosos e gratuitos, comutativos e aleatórios, consensuais ou reais, contratos nominados e inominados, solenes e não solenes, principais e acessórios, paritários e por adesão. Cada qual com suas distinções e características particulares, todavia o foco principal de abordagem deste estudo é o contrato de adesão.

Para que se tenha um maior entendimento com relação a diferença entre a classificação dos contratos acima, destaca-se de maneira sucinta cada um deles.

Partindo de Rodrigues²²⁴, se tem o seguinte:

A distinção entre estas duas espécies de contrato é de enorme relevância, porque variam os efeitos do ato conforme o ajuste seja unilateral ou bilateral. Assim, a ‘*expectio non adimpleti contractus*’, ou seja, a ‘exceção do contrato não-cumprido’, é peculiar às convenções sinalagmáticas; também, a cláusula resolutiva tácita é inerente ao contrato bilateral e estranha ao unilateral, pois, como naquele, as prestações são recíprocas; [...]

Por tanto, os bilaterais nascem de deveres de ambas as partes do contrato que são ao mesmo tempo, credores e devedores um do outro, pelo fato de que existem direitos e deveres, para ambos, sendo, no entanto sinalagmáticos.

Segundo Bacciotti²²⁵ os contratos podem ser apresentados como:

²²³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil volume 3*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27

²²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil volume 3*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28

- a) Onerosos e gratuitos;
- b) Contratos Comutativos e Aleatórios;
- c) Contratos Consensuais ou Reais;
- d) Contratos Nominados e Inominados;
- e) Contratos Solenes e não solenes;
- g) Contratos Paritários e Por Adesão;
- f) Contratos Principais e Acessórios;

Acompanhe-se a seguir suas características:

a) Contratos Onerosos e gratuitos:

Os autores diversificam suas opiniões no tocante à discriminação: quais são os contratos a título gratuito e quais os contratos a título oneroso? Objetivando a identificação, norteia-se pela utilidade proporcionada pelos contratos, enquanto outros fundam no ônus a respectiva diferenciação. São aspectos da doutrina, que não trarei aqui à colação. Os onerosos são aqueles que por serem bilaterais trazem vantagens para ambos os contraentes, pois estes sofrem um sacrifício patrimonial correspondente a um proveito almejado, como por exemplo, na locação em que o locatário paga o aluguel para usar e gozar do bem e o locador entrega o que lhe pertence para receber o pagamento. Os gratuitos ou benéficos são aqueles em que só uma das partes obtém um proveito, podendo este, por vezes, ser obtido por terceira pessoa, quando há estipulação neste sentido, como na doação pura e simples.²²⁶

Neste caso, é possível considerar também que os contratos onerosos são como um tipo de contrato bilateral, uma vez que as duas partes do contrato tem vantagens. O mesmo não acontece nos contratos gratuitos ou benéficos, apenas um dos contraentes transfere ou promete direito a outra, que por sua vez não assumi qualquer obrigação em contrapartida, como compensação ou algo similar.

b) Contratos Comutativos e Aleatórios:

O comutativo é o tipo em que uma das partes, além de receber da outra prestação equivalente a sua, pode apreciar imediatamente essa equivalência. No momento da formação, ambas as prestações geradas pelo contrato estão definidas, como na compra e venda. Aleatório é o contrato em que as partes se arriscam a uma contraprestação inexistente ou desproporcional, como no contrato de seguro: contrato de aquisição de coisas futuras, cujo risco de elas não virem assume o adquirente.²²⁷

²²⁵ BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Contratos – Conceitos e Espécies. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ruibaciotti/contratos1.htm>. Acesso em 02/05/2010.

²²⁶ BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Contratos – Conceitos e Espécies. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ruibaciotti/contratos1.htm>. Acesso em 02/05/2010.

²²⁷ BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Contratos – Conceitos e Espécies. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ruibaciotti/contratos1.htm>. Acesso em 02/05/2010.

Portanto, os contratos comutativos, são também de natureza bilateral e onerosa, e cujas obrigações são perfeitamente equivalentes. Já nos aleatórios, o cumprimento da obrigação é incerto por ficar na dependência de evento futuro.

c) Contratos Consensuais ou Reais:

Consensuais são os que se consideram formados pela simples proposta e aceitação. Reais são os que só se formam com a entrega efetiva da coisa, como no mútuo, no depósito ou no penhor. A entrega, aí, não é cumprimento do contrato, mas detalhe anterior, da própria celebração do contrato. Observe-se que a doutrina moderna critica o conceito de contrato real, mas a espécie ainda é inafastável diante do nosso direito positivo vigente. Os contratos reais são comumente unilaterais posto que se limitam à obrigação de restituir a coisa entregue. Excepcionalmente, podem ser bilaterais, como acontece no contrato de depósito remunerado: a importância prática está em que, enquanto não entregue a coisa, não há obrigação gerada.²²⁸

O Lançamento da proposta e a concordância das partes em relação a tais propostas, já são elementos suficientes para que se possa considerar como contrato consensual. E, os contratos reais, se realizam com a entrega da coisa acordada entre as partes.

d) Contratos Nominados e Inominados:

Os nominados, também chamados típicos, são espécies contratuais que possuem denominação (nomem iuris) e são regulamentados pela legislação. Segundo Maria Helena Diniz "o nosso Código Civil rege e esquematiza dezesseis tipos dessa espécie de contrato: compra e venda, troca, doação, locação, empréstimo, depósito, mandato, gestão, edição, representação dramática, sociedade, parceria rural, constituição de renda, seguro, jogo e aposta, e fiança" Os inominados ou atípicos são os que resultam da consensualidade, não havendo requisitos definidos na lei, bastando para sua validade que as partes sejam capazes (livres), o objeto contrato seja lícito, possível e suscetível de apreciação econômica.²²⁹

Os contratos nominados por bem devem seguir as previsões contidas na legislação. Os contratos inominados, por sua vez, ao contrário dos nominados, não estão formalmente, expressamente previstos na legislação, mas nem por isso deixam de ser lícitos.

e) Contratos Solenes e não solenes:

Anote-se aqui que a classificação doutrinária se preocupou com a forma pela qual se dá o consentimento das partes. Os solenes, também chamados formais, são contratos que só se aperfeiçoam quando o consentimento das

²²⁸ Idem

²²⁹ BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Contratos – Conceitos e Espécies. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ruibaciotti/contratos1.htm>. Acesso em 02/05/2010.

partes está perfeitamente adequado pela forma prescrita na lei, objetivando conceder segurança a algumas relações jurídicas. De regra, a solenidade se exige na lavratura de documentos ou instrumentos (contrato) público, lavrado nos serviços notariais (cartório de notas), como na escritura de venda e compra de imóvel que é, inclusive pressuposto para que o ato seja considerado válido. Os não-solenes, ou consensuais, são os que se perfazem pela simples anuência das partes. O ordenamento legal não exige forma especial para que seja celebrado, como no contrato de transporte aéreo.²³⁰

Os contratos solenes não abrem mão de alguns requisitos, solenidades essenciais; caso as mesmas não estejam presentes, o contrato fica sujeito a nulidade. Já os não solenes transitam no mesmo caminho dos consensuais, ou seja, O lançamento da proposta e a aceitação desta por parte dos contraentes, já são o bastante para que se caracterize esta modalidade de pacto contratual.

f) Contratos Principais e Acessórios:

Os principais são os que existem por si, exercendo sua função e finalidade independentemente da existência de outro. Os acessórios (ou dependentes) são aqueles que só existem porque subordinados ou dependentes de outro, ou para garantir o cumprimento de determinada obrigação dos contratos principais, como a caução e a fiança.²³¹

Dentre as características dos contratos principais, certamente esta a que os mesmos não são dependentes da existência de qualquer outro contrato, o que significa dizer que a sua existência, não está ligada a nada, existe por si só e ponto final. Em outro sentido seguem os contratos acessórios, também conhecidos como contratos adjetos, que não passam de complemento simples do contrato principal, Logo, pode-se observar que sua existência está condicionada a outro contrato que seria o principal.

g) Contratos Paritários e Por Adesão:

Os paritários são contratos em que as partes estão em situação de igualdade no que pertine ao princípio da autonomia de vontade: discutem os termos do ato do negócio e livremente se vinculam fixando cláusulas e condições que regulam as relações contratuais. Os contratos por adesão se caracterizam pela inexistência da liberdade de convenção, porque excluem a possibilidade de debate ou discussão sobre os seus termos; um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas pelo outro, aderindo a uma situação contratual que já está previamente definida. Ressalte-se se tratar de um clichê contratual, segundo normas de rigorosas, que alguém adere, aceitando os termos como postos, não podendo fugir, posteriormente do respectivo cumprimento. Nos contratos de adesão, eventuais dúvidas

²³⁰ idem

²³¹ Idem, Ibidem

oriundas das cláusulas se interpretam em favor de quem adere ao contrato (aderente). O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, oferece o conceito e dispõe sobre a admissão de cláusula resolutória. São espécies deste tipo de contrato, o seguro, o contrato de consórcio e o de transporte.²³²

Nos contratos paritários, se faz presente obrigatoriamente a fase onde se realizam as pré-negociações e modificações de cláusulas, se necessário, por vontade das partes do contrato. Já, o contrato de adesão tem como característica a unilateral criação das cláusulas, ou seja, uma das partes, geralmente o fornecedor, constrói arbitrariamente o contrato, cabendo à outra parte simplesmente aceitá-lo em todo o seu conteúdo, sem realizar qualquer modificação ou negá-lo na íntegra.

Rodrigues²³³ ao declinar seu conhecimento sobre o contrato de adesão, assim destaca:

A idéia de contato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato, admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois se supõe a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar.

De maneira mais objetiva Marques²³⁴, que em relação aos contratos de adesão descreve:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

O doutrinador Gomes²³⁵ assim dispõe:

O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com, a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.

²³² BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Contratos – Conceitos e Espécies. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ruibaciotti/contratos1.htm>. Acesso em 02/05/2010.

²³³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 2003, p.45

²³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p.58/59.

²³⁵ GOMES, Orlando, Contrato de Adesão, n.º 2, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4 e 5

Levando-se em consideração as afirmações que foram apresentadas, pode-se chegar a conclusão de que o consumidor tem o poder limitado a rejeição total ou ao aceite total das cláusulas do contrato, de maneira unilateralmente e arbitrariamente pré-elaboradas, restando para si, o papel de simples aderente ao interesse manifestado pelo fornecedor.

Os contratos de adesão detêm certas características que lhe são próprias e necessárias, e a falta destas características fariam como que a subsistência do contrato de adesão se tornasse altamente comprometida.

Conforme exegese da doutrinadora Rosa²³⁶, ao citar as palavras de Genovese: “O contrato de adesão encontra-se marcado por traços com caracterização própria, sendo o primeiro a uniformidade, o segundo a predeterminação e o terceiro a rigidez.” Ponderando sobre os estudos de Genovese, Rosa explica que a uniformidade assegura a prática e o desenvolvimento do processo de racionalização da atividade econômica, com a qual se identifica e por meio da qual se desenvolve. A predeterminação assegura a possibilidade da concepção prévia das cláusulas contratuais, com as quais se projetará o negócio jurídico em questão, convertendo-se em um meio idôneo para o alcance de sua primordial finalidade. Por meio de um entendimento, condicionado pela lógica jurídica, a rigidez procede do desdobramento dos outros traços, também considerados distintos, sendo as cláusulas rígidas pela uniformidade imposta às mesmas.

Rosa²³⁷, citando o doutrinador Gomes, destaca: “como quer que seja, a uniformidade, a predeterminação e a rigidez são traços fisionômicos que facilitam a identificação do contrato de adesão, posto que insuficientes para explicá-lo dogmaticamente”.

A doutrinadora Diniz²³⁸ expõe suas considerações, mais favoráveis à modernização, realizando a seguinte afirmação:

Contrato de adesão tem diante de sua existencialidade a intervenção de cinco fatores, a saber: 1. a uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta; 2. a proposta permanente e geral; 3. a aceitação pura e simples do oblato; 4. a superioridade econômica de um dos contratantes; 5. as cláusulas do contrato fixadas unilateralmente e em bloco.

Levando-se em consideração todas as afirmações feitas em relação às características do contrato de adesão, nota-se um aspecto fundamental que se destaca: o fato de o aderente ser imprevisível, uma vez que sempre existe a possibilidade do mesmo não acatar as disposições impostas no contrato, deixando assim, de concretizar o mesmo.

²³⁶ ROSA, Josimar Santos. Contrato de Adesão, São Paulo: Atlas, 1994, p. 45.

²³⁷ ROSA, Josimar Santos. Contrato de Adesão, São Paulo: Atlas, 1994, p. 45.

²³⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

Conforme Marques²³⁹, no que diz respeito ao elemento essencial do contrato de adesão:

O elemento essencial do contrato de adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e sim, a sua predisposição unilateral, restando ou outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços.

Indiscutivelmente, a maior característica do contrato de adesão é a ausência de liberdade contratual nos momentos de definir conjuntamente os termos do pacto contratual, restando ao consumidor apenas aceitá-lo ou recusá-lo na sua totalidade.

Contudo, é sabido também que existem desvantagens para com os contratos de adesão, entre elas, estão as inúmeras cláusulas abusivas. Certamente este é o problema maior do contrato de adesão, a razão pela qual o mesmo é mais lembrado e criticado, é que pela sua maneira unilateral de concepção, acaba por dar margens às cláusulas abusivas, que remetem o consumidor a uma situação desvantajosa, incompatível com o princípio da boa fé. Esse é o momento propício para a intervenção do Estado, que se vestindo da armadura legislativa, administrativa ou jurisprudencial, passa a dar proteção aos consumidores, tornando nulas as cláusulas com teor abusivo.

O Código de Defesa do Consumidor veio para ajudar os direitos do consumidor, para que estes direitos fossem reservados de maneira que no momento em que fosse preciso, teria uma legislação específica para se apegar, como nos casos de desigualdade nas relações de consumo. Tem-se aí, o fundamento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: a busca do equilíbrio entre as partes contraentes de obrigações para que estas cheguem a uma satisfação plena.

Com o intuito de deixar claro à sociedade quais as suas principais funções, assim se apresenta o Código de Defesa do Consumidor²⁴⁰:

O Código de Defesa do Consumidor define uma nova ordem de proteção dos direitos sociais, ao reforçar a questão da cidadania e reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Nos dias atuais, a garantia dos direitos do consumidor se tornou uma necessidade para que se tenha o avanço do processo democrático, bem como, para que ocorra um justo desenvolvimento econômico e social do País. Uma economia que se torne cada vez mais

²³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT. 2002, p. 59.

globalizada, requer consumidores participativos, que sejam capazes de exigirem produtos e serviços com preço justo e qualidade adequada, tornando possível a satisfação nas relações de consumo e melhorias na qualidade de vida do consumidor.

Moderno, o CPC adota uma linguagem de fácil compreensão, e aborda os conceitos legais de forma objetiva e cristalina.

O desequilíbrio natural entre as partes existe. O poder se concentra mais no fornecedor do que o consumidor, porém se fazia necessário buscar uma maneira de equilibrar os dois lados da relação de consumo e o jeito adotado pelo Código de Defesa do Consumidor foi a imposição de determinadas obrigações que não estão previstas pelas partes, objetivando garantir justiça na avença.

A Lei 8.078/90, ou Código de Defesa do Consumidor, foi criada para dar amparo aos indivíduos envolvidos nas relações de consumo, não permitindo o domínio dos mais fortes. Segundo Bonatto²⁴¹:

Esta situação de desequilíbrio, todavia, é prejudicial para o convívio harmônico como um todo, pois fere o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual surgiu o CDC²⁴², como forma de igualar integrantes da relação de consumo, munindo o consumidor de arma eficaz para a obtenção de respeito e, conseqüentemente, de força para impor sua vontade.

Pretende, o Código de Defesa do Consumidor, equilibrar para as relações de consumo, dando maior harmonia e maior transparência às relações contratuais. Conforme Marques²⁴³

Para alcançar o equilíbrio de forças nas relações contratuais atuais, o CDC opta por regular também alguns aspectos da formação do contrato, impondo novos deveres para o elaborador do texto (fornecedor) e assegurando novos direitos para o consumidor (aderente) quando da formação das relações contratuais de consumo.

Mesmos com todos os empecilhos existentes, o direito contratual tem como objetivo concretizar a função social dos contratos, determinando para isso clareza e a boa-fé.

Conforme o doutrinador, Coelho²⁴⁴:

A entrada em vigor do Código, em março de 1991, foi cercada de grande expectativa nos meios de comunicação em massa. Criou-se, na sociedade, um tal clima de confiança na inovação legislativa que adequar, o quanto pôde ou mesmo totalmente, a oferta de seus produtos e o empresariado, em geral, identificou na observância, dos preceitos do novo diploma a

²⁴⁰ Código de Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078/90.

²⁴¹ BONATTO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.30.

²⁴² 51 Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078/90, 1990.

²⁴³ 52 MARQUES. Cláudia lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p. 590.

²⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. O empresário e os direitos do consumidor, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

oportunidade ímpar para reforçar sua imagem junto ao mercado e, assim, procurou serviços aos padrões da lei.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor se mostrou um texto bastante competente; e essa competência do diploma legal gera uma inegável melhoria no que diz respeito a qualidade do mercado de consumo, que tem como suporte dessas repercussões econômicas o próprio consumidor.

A respeito da interpretação do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos contratos de consumo, Lôbo²⁴⁵, aflora as seguintes considerações:

A interpretação dos contratos apresenta peculiaridades distintas da interpretação da lei. A lei é predisposta pela autoridade legislativa; o contrato é fruto do acordo das partes. A lei é abstrata e geral; o contrato é concreto e relativo às partes. A lei não depende de consentimento u aprovação dos destinatários para valer e ser eficaz; O contrato vale e é eficaz a partir do consentimento tido como suficiente. A finalidade da lei é regular interesses coletivos ou públicos; a do contrato a de regular interesses particulares e determinados. A aplicação da lei não leva em conta a intenção de quem a edita; a do contrato tem como fundamental a intenção comum das partes. A lei é uma regulamentação heterônoma; o contrato é uma regulamentação autônoma.

Isso significa dizer, que apesar do contrato depender da vontade das partes contraentes, há por traz disso, toda uma legislação pré disposta a ser respeitada e seguida para que se possa ter validade a relação contratual.

4.3 DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Abusividade é com certamente um tema alvo de permanente discussão, levando-se em conta que sua ligação com a ilicitude, recaindo sobre o ato praticado que, por sua vez, se transforma em ato abusivo.

No entendimento do doutrinador Bonatto²⁴⁶: “práticas abusivas, para nós, são condutas, comissivas ou omissivas, praticadas por fornecedores, nas quais estes abusam de seu direito, violam os direitos dos consumidores ou infringem de alguma forma a lei”.

E Bonatto²⁴⁷, quando cita os comentários de Sayeg, no mesmo norte, tem-se:

²⁴⁵ LÓBO, Paulo Luiz Neto. Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 128.

[...] os atos de fornecimento ou aqueles ocorridos em razão deles realizados irregularmente por empresas com abuso de direito do fornecedor, violação ao direito do consumidor ou infração à Lei, desde que dentro dos limites da relação de consumo.

Destas práticas abusivas, muitas ocorrem pela falta de conhecimento do consumidor, seja no que está adquirindo, seja no que está pactuando, pois o consumidor não tem a chance de discutir suas cláusulas ou regras, que muitas vezes são regidas pelos fornecedores.

Rosa²⁴⁸, a respeito deste tema, expõe as suas seguintes considerações:

Inúmeras são as ocorrências que se tornaram funestas, com prejuízos de considerável monta pela falta de uma orientação precisa e, às vezes, a prática de cláusulas repassadas pela abusividade, tornando a relação contratual portadora de evidente nocividade.

Vale destacar que nem sempre o melhor plano para a aquisição de bens e serviços denota ser aquele que oferece um maior prazo para a correspondência das obrigações pecuniárias por parte do consumidor.

O contrato de adesão serve como exemplo, pois é propício para a incidência de cláusulas abusivas levando-se em conta que o fornecedor tem a tendência de sempre assegurar a sua posição no contrato, e em função disso, arbitra condições contratuais que irão ao encontro com o princípio da boa-fé ou simplesmente acabarão com o equilíbrio entre os direitos e obrigações de cada parte.

Diante deste cenário, tem-se, normalmente o contrato de adesão como detentor de diversas cláusulas contratuais abusivas, sob o falso pressuposto de que o pacto fora assinado mediante total acordo de vontades entre as partes, sob a garantia da igualdade.

Será que deveria-se entender que as cláusulas abusivas são apenas novos tipos de cláusulas ilícitas?

Ao pesquisar Marques²⁴⁹ vê-se que: “o ato ilícito é aquele desconforme ao direito, que provoca uma reação negativa do ordenamento jurídico, que viola direito ou causa prejuízo à terceiro (dano), fazendo nascer a correspondente obrigação de reparar”.

E, remete conclusão a respeito deste tema de maneira mais especificada:

O abuso do direito seria a falta praticada pelo titular de um direito, que ultrapassa os limites ou que deturpa a finalidade do direito que lhe foi concedido. Assim, apesar de presentes o prejuízo (dano) causado a outrem

²⁴⁶ BONATTO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.145.

²⁴⁷ BONATTO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.146.

²⁴⁸ ROSA. Josimar Santos. Contrato de Adesão. São Paulo: Atlas, 1994, p. 92

²⁴⁹ MARQUES. Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p. 769.

pela atividade (ato antijurídico) do titular do direito (nexo causal); a sua hipótese de incidência é diferenciada. O que ofende o ordenamento é o modo (excessivo, irregular, lesionante) com que foi exercido um direito, acarretando um resultado, este sim, ilícito.

Pelos motivos apresentados e evidenciados, é que se parte do princípio de que o consumidor é o lado mais fraco no mercado de consumo, principalmente no que se refere às cláusulas abusivas, restando ao bem querer do dos fornecedores, tanto pela necessidade, como pela ignorância.

O Código de Defesa do Consumidor deixa estabelecida uma disciplina, antes de efetuar o cerceamento da prática do contrato de adesão. Busca auxiliar e orientar o desenvolvimento do mesmo, para evitar qualquer espécie de abusividade que se queira praticar, já que não é muito difícil de deparar com contratos de adesão, contendo cláusulas abusivas que tem a finalidade de garantir vantagens para o fornecedor, minorando assim, as suas obrigações em relação ao consumidor.

A respeito do assunto supra explanado, que é de grande valia ao desenvolvimento do presente estudo, Bonatto²⁵⁰, afirma o seguinte: "O contrato de adesão, como tal, não é considerado abusivo".

E ainda continua a complementar sua afirmação com o seguinte estudo sobre o abuso que se comete em relação aos consumidores, que ora se transcreve:

O abuso não resulta do fato que o consumidor é obrigado a aderir a este ou àquele texto pré-impresso, mas, efetivamente, do conteúdo eventual de uma convenção de cuja redação ele não participou, e que ele não poderá modificar visto a relação de forças existentes entre as partes confrontadas e que provavelmente ele encontrará uniformizada no setor respectivo.

Mandelbaum²⁵¹ usa dos seus conhecimentos para também tecer suas considerações sobre o assunto apresentado, ela afirma que:

[...] cláusulas abusivas são aquelas, especialmente em contratos de consumo, em que uma parte se aproveita da sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que ou defraudem os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé, ou, sobretudo, destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio de grave desequilíbrio entre os direitos e as obrigações de uma e outra parte.

Por este mesmo norte, quando Mandelbaum²⁵², ao citar Noronha, em sua tese de doutorando, este descreve de maneira que complementa o pensamento da autora, deixando

²⁵⁰ BONATTO, Cláudio, *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: princípio/agia, conceitos, contratos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

²⁵¹ MANDELBAUM, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*, São Paulo: RT, 1996, p. 207.

claro ainda a respeito das cláusulas abusivas, como sendo: “[...] aquelas que em contratos entre as partes de desigual força reduzem unilateralmente as obrigações do contratante mais forte ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas”.

Pelo conhecimento do doutrinador Lôbo²⁵³, também sobre cláusulas abusivas, este afirma: “consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contra partida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual”. Através delas, o predisponente, abusando da atividade que exerce e da debilidade jurídica do aderente, estabelece conteúdo contratual iníquo, com sacrifício de razoável equilíbrio das prestações.

Considerando o que foi apresentado até aqui, é possível concluir que é abusiva aquela cláusula confeccionada e imposta unilateralmente no contrato de adesão, realizado ente consumidor e fornecedor, que gera vantagem exclusiva para o fornecedor, proporcionando desequilíbrio entre direitos e obrigações para com o consumidor, tornando-se uma relação altamente desproporcional e onerosa.

No que se refere às cláusulas abusivas, a autora Marques²⁵⁴, expõe as seguintes considerações: “São as chamadas cláusulas abusivas, as quais incluídas em contratos de adesão ou em condições gerais dos contratos vão ser oferecidas à aceitação pelos consumidores”.

Com o advento da Lei nº 8.078/90, foram introduzidas normas que vedam expressamente as cláusulas abusivas nos contratos, dando assim, maior garantia de proteção ao lado mais fraco da relação de consumo, consumidor, bem como foi dada a possibilidade de serem as cláusulas contratuais controladas judicialmente, pois esta Lei, veio regulamentar todos os pontos da relação de consumo, tornando mais equilibrada a posição do consumidor, seja vedando ou simplesmente limitando determinadas práticas de mercado.

A Codificação de Defesa do Consumidor é de ordem pública, que se destina a dar proteção aos consumidores. Contém normas que regram os direitos e as obrigações tanto dos consumidores, quanto dos fornecedores, a fim de disciplinar as relações de consumo, evitando qualquer espécie de dano ou prejuízo para ambas as partes.

O CDC, em seu artigo 51, relaciona as chamadas cláusulas abusivas, ou seja, aquelas que impulsionam desvantagens ou prejuízos para o consumidor em relação aos fornecedores,

²⁵² Idem

²⁵³ LÓBO. Paulo Luiz Neto. Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas, São Paulo: Saraiva, p. 155.

²⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT. 2002, p. 147.

gerando desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes envolvidas na negociação de consumo.

No artigo 6º da mesma Lei, encontra-se como direito do consumidor, a possibilidade de modificar as cláusulas contratuais, para sempre que se fizer necessário, restabelecer o equilíbrio das relações entre os consumidores e os fornecedores. Assim, fundamentado na Lei nº 8.078 de 1990, o consumidor poderá entrar com requerimento em Juízo, a fim de alterar ou excluir a cláusula considerada abusiva, já que estas cláusulas quando impostas nos contratos são consideradas nulas.

A respeito dos artigos abordados acima, a autora Mandelbaum²⁵⁵, expõe suas considerações com afirmações que facilitam o entendimento:

[...] a legislação pátria exemplificou casos em que as cláusulas deverão ser consideradas abusivas, sendo claro que podem outras situações, através da Interpretação de seu conteúdo e conseqüências deixar de ser consideradas como tal, principalmente em função das características específicas do negócio, e mais, em face de que o contrato deve ser perpetuado, mas eliminada a condição excessiva, para que não se operem situações prejudiciais ao tráfico mercantil como um todo, mas caso isso não possa ocorrer deverá o contrato ser anulado.

Portanto, tendo em vista o acima exposto, pode-se afirmar que para uma cláusula ser considerada abusiva a mesma deve proporcionar desigualdade de direitos e deveres entre contraentes, ocasionando desvantagem exagerada para o consumidor.

Podem-se relacionar algumas objeções feitas pela doutrinadora Mandelbaum²⁵⁶, para serem usadas no questionamento da presença das cláusulas abusivas no corpo dos contratos, são condições intrínsecas e extrínsecas que geram a ineficácia, a saber:

a) A primeira reserva que suscitam as cláusulas onerosas se funda na falta de legibilidade e na complexidade de funcionamento do seu mecanismo interno e por vezes a incoerência entre uma condição negocial e outra, inseridos em um mesmo texto contratual.

b) Por falta de preparo e informações adequadas, o aderente em inúmeros casos não da conta do alcance do conteúdo do documento que está assinando, limitando-se a afirmar o contrato por ser levado até mesmo a erro por parte de representantes do predisponente.

c) A redação dada às condições gerais de negociação aparece "maquiada" não dando claramente a entender o verdadeiro alcance e conteúdo contratual.

²⁵⁵ MANDELBAUM, Renata. Contratos de adesão e contratos de consumo, São Paulo: RT, 1996, p. 211

²⁵⁶ MANDELBAUM, Renata. Contratos de adesão e contratos de consumo. São Paulo: RT, 1996, p.211

d) Frequentemente os textos dos contratos de adesão fazem remissão a cláusulas que compõe as condições gerais de negociação, mas que não são colocadas à disposição do aderente para conhecimento.

e) Outra situação é a de não compensação entre os deveres a cumprir por parte do aderente que são redigidos de maneira obscura, não claramente.

f) São também consideradas abusivas as cláusulas chamadas inaceitáveis que fixam condições desproporcionais para aderente e estipulante.

Estas objeções relacionadas acima demonstram que a presença de uma cláusula limitativa nas relações contratuais, pode significar que se está diante de uma antecipada renúncia, ocorrida, antes mesmo de verificar se o dano está embutido no contrato.

Fica evidente, portanto, que o ponto que mais interessa, é o equilíbrio contratual, para que através deste, os consumidores em geral sofram menos prejuízos, ou seja, desde que exista lesão ou ameaça de lesão aos direitos básicos do consumidor, poderá ser aplicado o Código de defesa do Consumidor.

Nenhum outro capítulo do Código de Defesa do Consumidor foi tão bem aceito pelos Magistrados, quanto o Capítulo VI - Da proteção contratual, principalmente a seção II, que tem o propósito de proteger os contratos de consumo, principalmente no que tange a proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas.

4.4 DAS FALHAS EM PRODUTOS E SERVIÇOS

Quando um consumidor adquiriu algum produto ou serviço, ele espera que o mesmo funcione adequadamente, ou se preste a finalidade que deles espera-se.

Por outro lado, os fornecedores procuram disponibilizar produtos e serviços, adequados ao consumo, sem defeitos, seguros, valendo-se de testes e controles de qualidade, com o intuito de oferecer ao mercado o número mínimo de produtos defeituosos.

Sabe-se, porém, que sempre acabam vindo ao mercado produtos com defeitos, que acabam por ocasionar lesões aos que deles se utilizarem.

A respeito desses problemas na produção de produtos e serviços, Almeida²⁵⁷ assim explica:

²⁵⁷ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 81 e 82.

“A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à idéia de criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa condição causados à vítima e a terceiros, dentro do princípio de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela decorrentes (...)”.

É a esse respeito que trata a Seção II - Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço, do Capítulo IV – Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos do CDC. Onde os artigos 12 e 14, em seus caput's, estão enquadrados, versando aquele acerca dos produtos e este dos serviços e prevêm respectivamente:

Art. 12: O fabricante, o produtor, o consumidor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos.

Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

Nesses casos a responsabilização torna-se clara e evidente, tendo em vista a ligação entre o fornecedor e o produto ou serviço.

O legislador tratou dos vícios na Seção III – Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço, do Capítulo IV – Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos do CDC.

De forma geral, ou seja, atendo-se à produtos e serviços, Nunes²⁵⁸ tece o seguinte comentário, a respeito de vícios:

São considerados vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.

Nos artigos 18, 19, o CDC previu os vícios de produtos, que preceituam respectivamente:

²⁵⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 213.

Art. 18: Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 19: Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem ou de mensagem publicitária (...).

Nunes²⁵⁹ traz alguns exemplos de vícios de produtos que cito aqui para melhor compreensão:

Os vícios são problemas que: fazem com que o produto não funcione adequadamente, como um liquidificador que não gire; fazem com que o produto funcione mal, como a televisão sem som, o automóvel que “morre” a toda hora; diminuam o valor do produto, como riscos na lataria do automóvel, mancha no terno; não estejam de acordo com informações, como o vidro de mel de 500ml que só tem 400ml; o saco de 5 kg açúcar que só tem 4,8 kg (...).

Enquanto que, no artigo 20 do CDC, o legislador trata vícios de serviços, que dispõe:

Art. 20: O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (...).

Sustenta Bittar²⁶⁰, em se tratando de responsabilidade do fornecedor acerca de vícios de serviços que:

Responde o fornecedor de serviços pelos vícios de qualidade, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo, ou lhes diminua o valor, assim como aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária. Consideram-se impróprios os que não atendam as normas regulamentares, ou se mostrem inadequados para os fins que deles razoavelmente se esperam.

É o previsto no parágrafo 2º do artigo 20 do CDC, abaixo:

Art. 20: (...). Parágrafo 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares de prestabilidade.

²⁵⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 213 e 214.

²⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 39 e 40.

Nunes²⁶¹ traz também, exemplos de vícios de serviços, quais sejam: “os serviços que apresentem características como funcionamento insuficiente ou inadequado, como o serviço de desentupimento que no dia seguinte faz com que o banheiro alague; o carpete que descola rapidamente; etc”.

Serviço insuficiente ou inadequado é aquele que não atinge o fim a que se propõe que é mal realizado deixando o consumidor prejudicado. Outro exemplo é o caso das universidades e faculdades que ministram cursos de ensino superior sem a devida legalização, fazendo com que seus alunos depois de formados não recebam diplomas válidos.

Grinover²⁶² lembra ainda, que o artigo 20 do CDC, também refere-se mesmo que intrinsecamente aos vícios de quantidade e descreve:

Ainda que sem nominá-los, o dispositivo alude aos vícios de quantidade dos serviços prestados. Assim, se uma escola oferece um curso com determinado conteúdo programático, o descumprimento do programa autoriza o aluno a pleitear a completude da matéria, o que significa a reexecução dos serviços educativos prestados (inciso I), sem prejuízo das sanções das sanções previstas nos incisos II e III (...)

Faz-se necessário para que o conteúdo fique bem explicado, apontar também aos artigos 24 e 25 que estão previstos na mesma seção III do Capítulo IV do CDC, abaixo:

Art. 24: A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25: É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Em relação a esses artigos fundamenta o jurista Bittar²⁶³:

(...) em complementação ao sistema codificado, a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor (art.24). Decorre, assim, da lei a garantia, obrigando-se por consequência o fornecedor. Veda-se, ainda, a cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista no código (art.25), tornando-se sem eficácia eventual estipulação contrária, que pode ser declarada judicialmente, se do interesse do consumidor.

²⁶¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 214.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 188.

²⁶³ BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. p. 40 e 41.

Portanto, o fornecedor é responsável legalmente pela adequação dos produtos e serviços que dispõe à venda, independente de termo expresso. O mesmo não pode através de cláusulas contratuais tentar esquivar-se da obrigação de indenizar conforme previsão legal.

Em se tratando de vícios, Amaral Junior²⁶⁴ faz, ainda, algumas considerações, que se passa a expor: “o vício, ao contrário (do defeito), é inerente à própria coisa (in re ipsa), afetando a sua prestabilidade ou diminuindo-lhe o valor”. Assim, “trata-se de desconformidade que afeta a sua qualidade ou lhe diminui a quantidade”. E ainda: “(...) os vícios de qualidade e quantidade, regulados na Seção III, têm como objetivo proteger a esfera econômica do consumidor (...) a responsabilidade pelos vícios se refere aos prejuízos verificados no produto ou serviço”.

Ou seja, os vícios são problemas que não extravasam o objeto do produto ou o serviço, estão intrínsecos a eles afetando a qualidade ou quantidade.

A lei versa acerca dos defeitos dos serviços e produtos no artigo 12, parágrafo 1º, incisos I, II e III e parágrafo 2º; e artigo 14, parágrafo 1º, incisos I, II e III e parágrafo 2º do CDC, na Seção II - Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço, Capítulo IV – Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos.

Apesar dos defeitos estarem previstos em artigos anteriores aos do vício, estuda-se aquele após este, pois é necessário para sua compreensão, já que os defeitos são vícios acrescidos de outra característica.

Como leciona Nunes²⁶⁵, “defeito pressupõe vício, há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício”. Assim, ainda para o autor, “o vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si.” O mesmo autor nos ensina ser o defeito um vício acrescido de um problema extra, para ser reconhecido um defeito é necessário que o mesmo se exteriorize, que cause danos materiais e morais ao consumidor, ou seja, que cause um dano maior que a perda do valor, o quantidade errada, o mal-funcionamento, ou mesmo o não-funcionamento como ocorre nos casos de vícios.

O artigo 12 do CDC, seus parágrafos e incisos tratam dos produtos defeituosos:

Art. 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

²⁶⁴ AMARAL JUNIOR, Alberto do. Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993. 3v. p. 272

²⁶⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 181.

Parágrafo 1º: O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Parágrafo 2º: O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

Grinover²⁶⁶ classifica os defeitos dos produtos em três modalidades:

- defeito de concepção, também designado de criação, envolvendo os vícios de projeto, formulação, inclusive design dos produtos;
- defeito de produção, também nominado de fabricação, envolvendo os vícios de fabricação, construção montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos;
- defeito de informação ou de comercialização, que envolve a apresentação, informação insuficiente ou inadequada, inclusive a publicidade.

Almeida²⁶⁷ concorda com as modalidades de defeitos e acrescenta:

Defeito é, portanto, toda anomalia que, comprometendo a segurança que legitimamente se espera da fruição dos produtos e serviços, termina por causar danos físicos ou patrimoniais aos consumidores. Se essa anomalia apenas compromete o funcionamento do produto ou serviço, mas não apresenta risco à saúde e segurança do consumidor, não se fala em defeito, mas em vício.

Disso nota-se, que defeito é um vício que se exteriorizou, que prejudicou atingindo aquele que do produto ou serviço utilizava-se.

Em se tratando de serviços Almeida²⁶⁸ leciona que:

(...) o fornecedor está obrigado à reparação de danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à respectiva prestação, sob qualquer modalidade, exceto a de caráter trabalhista (art. 3º, parágrafo 2º), bem como por insuficiência ou inadequação de informações sobre sua fruição e riscos (art. 14)

É de responsabilidade do fornecedor, os defeitos ocasionados por produtos ou serviços, devendo reparar o dano ao consumidor exceto aquele de caráter trabalhista.

Já o artigo 14 do CDC, seus parágrafos e incisos abarcam o conceito e conseqüências dos serviços defeituosos:

Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores

²⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 162.

²⁶⁷ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 90.

²⁶⁸ Idem, 2003. p. 91.

por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Parágrafo 1º: O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.

Parágrafo 2º: O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Em relação aos danos ocasionados por serviços defeituosos Grinover²⁶⁹ traça os seguintes pressupostos, para que o consumidor possa pleitear seus direitos: “defeito de serviço; evento danoso; relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano”.

Ou seja, a autora explica que existe a necessidade dos três requisitos para que se configure a responsabilização.

Grinover²⁷⁰ esclarece ainda que:

(...) além dos defeitos intrínsecos, o dispositivo responsabiliza os prestadores de serviços pelos defeitos extrínsecos quando os respectivos contratos de prestação de serviços ou meios publicitários não prestam informações claras e precisas a respeito da fruição.

Para concluir-se o assunto, Amaral Junior²⁷¹ assevera algumas considerações importantes a respeito de defeitos:

Em primeiro lugar, a noção de defeito não tem qualquer conotação contratual, pois a vítima pode ser um simples terceiro. Além disso, não se trata de saber se o produto é apto ao uso para o qual foi colocado em circulação, mas de verificar o grau de segurança que apresenta (...) o que conta são os danos que pode causar.

E ainda:

Ao cuidar da noção de defeito na Seção II (...) o código visou, fundamentalmente, à tutela da integridade físico-psíquica dos consumidores. (...) as normas relativas aos defeitos dos produtos aplicam-se à reparação dos danos à integridade física e a outros bens que não o produto defeituoso (...).

Para ser considerado defeito, é necessário que o problema extrapole o produto ou serviço, ou seja, atinja a integridade da pessoa que dele utiliza-se ou de seu patrimônio, portanto, a reparação também deve atingir estes danos físicos e patrimoniais, além produto ou serviço.

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 170.

²⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 171.

Apesar de, como já se viu, o ônus da prova recair sobre o fornecedor, é necessário que o consumidor prove o dano decorrente do fato do vício ou defeito do produto ou da prestação de serviço.

Neste sentido Nunes²⁷² concebe a idéia de que: “(...) é o consumidor, naturalmente, a quem incumbe a prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o produto, com a indicação do responsável pela fabricação do produto”.

No mesmo sentido Almeida²⁷³ preceitua a respeito da relação de causalidade, dizendo que:

para que emergja a obrigação de reparar danos é necessário que exista uma relação de causa e efeito entre a ação do fornecedor de colocação no mercado de produto potencialmente danoso e o dano verificado, ou seja, entre este e um defeito que possa ser atribuído ao fabricante.

Portanto, cabe ao consumidor, a prova da ocorrência do dano e o nexo causal entre produto e do dano, mesmo que não caiba ao mesmo o ônus da prova.

Como já se teve a oportunidade de esclarecer, a regra, é a responsabilidade do fornecedor (fabricante, produtor, construtor ou importador) pelos danos causados ao consumidor por vícios ou defeitos de produtos ou serviços, desde que o consumidor demonstre a relação de causalidade entre eles. Entretanto, o CDC, prevê algumas possibilidades de exclusão da responsabilidade do fornecedor, tanto em relação aos produtos quanto em relação aos serviços.

Estas possibilidades de exclusão de responsabilidades estão previstas no parágrafo 3º do artigo 12, quando se trata de produtos e no parágrafo 3º do artigo 14, quando relacionadas aos serviços.

Quando o fornecedor (fabricante, produtor, construtor ou importador) comprovar alguma dessas situações previstas nos artigos acima mencionados do CDC, fica totalmente isento da responsabilidade pelo vício ou defeito do produto ou serviço, colocado no mercado.

Em se tratando de produtos, prevê-se a exclusão da responsabilidade do fornecedor no parágrafo 3º do artigo 12 do CDC, que reza:

²⁷¹ AMARAL JUNIOR, Alberto do. Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993. p. 271 e 272.

²⁷² NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 168.

²⁷³ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 86.

Art. 12: (...). Parágrafo 3º: O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado;
II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Concernente ao inciso I, Almeida²⁷⁴ expõe a seguinte opinião: “A responsabilização deverá incidir, nessa hipótese, sobre o real fornecedor ou sobre quem verdadeiramente tenha colocado o produto ou serviço no mercado”.

Caberá a responsabilidade àquele que colocou o produto no mercado, ou seja, estará isento de culpa aquele que provar não ser quem dispôs o produto ou serviço no mercado.

Grinover²⁷⁵ lembra que mesmo sendo o produto introduzido no mercado de forma gratuita, como donativos para instituições filantrópicas, ou com objetivo publicitário, não se eximem da responsabilidade o fornecedor.

Não só os produtos que dispendam para o consumidor de valores pecuniários, que estão sujeitos à reparação, cabe ao fornecedor a responsabilidade sobre os produtos gratuitos e donativos também.

Em relação ao inciso II, Almeida²⁷⁶ averba que:

Aqui o fornecedor é o responsável pela colocação do produto ou serviço no mercado; o dano também existe, mas não existe o defeito apontado. Logo, se os danos não decorrem do defeito, não há obrigação de indenizar, pois podem ter origem em causas diversas, mas não em defeito que lhes atribuiu.

Neste caso Grinover et al²⁷⁷ explica que: “Milita em prol do consumidor essa presunção de defeito do produto e incumbe ao fabricante desfazê-la, produzindo inequívoca prova liberatória”.

Neste caso, o fornecedor colocou o produto ou serviço no mercado, mas prova que o defeito não existe e exime-se da responsabilidade.

Por fim o inciso III, que segundo Leães apud Almeida²⁷⁸, exprimi o entendimento do que seja “culpa da vítima”:

Na espécie, cuida-se do uso negligente ou anormal do produto, que causou ou concorreu para causar o evento danoso. Ocorre uso negligente do produto nas seguintes hipóteses: a) inobstante as instruções ou advertências, o consumidor ou usuário emprega o produto de maneira inadequada, ou dele faz uso pessoa a quem a mercadoria é contra-indicada; b) à revelia do prazo

²⁷⁴ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 87.

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 165.

²⁷⁶ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 87 e 88

²⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 166.

²⁷⁸ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 88.

de validade, o produto é utilizado ou consumido; c) quando não se atenda a um vício ou defeito manifesto. Ocorre o uso anormal quando o produto é utilizado ou consumido de modo diverso do objetivamente previsto.

Tendo o fornecedor provado algumas dessas situações relacionadas acima, fica ele isento da reparação, já que assim sendo, restará provado a culpa exclusiva da vítima. Em se tratando de caso fortuito ou força maior, existe divergência na doutrina sobre a responsabilização do fornecedor nestes casos.

Para Nunes²⁷⁹, por não estar previsto tal caso como excludente de responsabilização no artigo 12 do CDC, e por ser esse artigo taxativo, o fornecedor responde e deve indenizar.

Nunes²⁸⁰ diz que:

A utilização do advérbio “só” não deixa margem à dúvidas. Somente valem as excludentes expressamente previstas no parágrafo 3º, e que são taxativas. Nenhuma outra que não esteja ali tratada desobriga o responsável pelo produto defeituoso.

Já para Almeida²⁸¹ e Grinover²⁸², apesar de não estar previsto no CDC, o fornecedor não pode responder por que essas hipóteses quebram a relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano causado ao consumidor.

Quando o CDC trata de responsabilidade sobre serviço prestado, ele prevê em seu parágrafo 3º do artigo 14, as possibilidades de exclusão da responsabilidade do fornecedor, esse parágrafo dispõe que:

Art. 14: (...). Parágrafo 3º: O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A este respeito Saad²⁸³ diz que, “o fornecedor de serviços só não será obrigado a indenizar quando o defeito inexiste e quando a culpa cabe exclusivamente ao consumidor ou a terceiros”.

Saad²⁸⁴, ainda, completa:

Cumpre-nos, ainda, ressaltar que a inversão do ônus da prova é um benefício que o código concede apenas ao consumidor e não ao fornecedor. Daí cabe a

²⁷⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 169.

²⁸⁰ Idem

²⁸¹ ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 88 e 89.

²⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 167 e 168.

²⁸³ SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90. São Paulo: LTr. 1998. p. 241.

²⁸⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90. São Paulo: LTr. 1998. p. 241.

este provar que o defeito não existe no serviço prestado ou que a culpa é do consumidor ou de terceiro.

Aqui, alguns autores fazem associação semelhante ao do parágrafo 3º do artigo 12 (que diz respeito ao produto) adaptando-a ao serviço, como Nunes²⁸⁵ que lembra, ainda, outra questão: “A questão (...) é a de saber se o consumidor é que tem a obrigação de provar o dano, o nexo de causalidade existente entre o dano e o serviço e apontar o responsável pela prestação do serviço”.

Acerca desse assunto, também existe a divergência quanto aos institutos de força maior e caso fortuito, ou seja, alguns autores defendem a possibilidade de responsabilização do fornecedor enquanto outros acreditam que o fornecedor de serviço não deve ser responsabilizado em tais casos.

4.5 A TEORIA DA IMPREVISÃO

A consolidação do Direito do Consumidor no Brasil deu-se com a Constituição da República Federativa de 1988, que trata da matéria nos arts. 5º XXXII; 150 parágrafos 5º; 170, inciso V e 48, do ato das disposições Constitucionais transitórias.

Após o advento da CRFB/88, a defesa do consumidor foi inserida na ordem econômica e financeira nacional, passando a ser respeitada obrigatoriamente nos ditames dos artigos supracitados.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), constituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou-se um novo sistema contratual para as relações contratuais celebradas no país, inserindo-se novos princípios norteadores dos contratos consumeristas, como inclusive afirma Rodrigues Junior²⁸⁶:

Após a vigência da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, criou-se um novo sistema contratual no âmbito das relações de consumo, fundado nos seguintes princípios: (a) socialização da teoria contratual; (b) imposição do princípio da boa-fé; (c) intervencionismo estatal na edição de leis limitadoras do poder de auto-regulamentação de cláusulas contratuais e a determinação do conteúdo de alguns contratos em atividades essenciais, além de permitir

²⁸⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. p. 194.

²⁸⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002, p. 159.

ao Poder Judiciário controlar a economia contratual, através da coibição do cumprimento de cláusulas abusivas.

No que tange a intervenção judicial nos contratos, em favor do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor tem como principal norma o artigo 6º, V, que instituiu como direito básico deste, a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou as suas revisões em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Em comentário sobre o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, assim se manifesta Donnini²⁸⁷:

São duas as hipóteses previstas no art. 6º, n. V. do CDC: a modificação ou revisão da cláusula. Na primeira, o Poder Judiciário poderá alterar cláusula que preveja uma prestação desproporcional, seja no preço ou qualquer outra prestação, o que causaria uma lesão ao consumidor.(...) A segunda hipótese que trata o artigo em espécie é a possibilidade de revisão judicial da cláusula de preço, que era equitativa por ocasião da celebração do contrato e se tornou excessivamente onerosa para o consumidor. Ao contrário da clássica teoria da imprevisão aplicada na relação entre particulares, a norma sub studio não exige que o acontecimento superveniente seja imprevisível e excepcional. Basta, para tanto, que haja a quebra do equilíbrio contratual, a ausência de equivalência nas prestações, gerando, dessa forma, onerosidade excessiva para o consumidor.

Sendo assim, para que o consumidor possa pleitear em juízo a revisão de cláusula, que provoque desequilíbrio no contrato, não será necessária a comprovação de que o fato seja imprevisível, imprevisto, extraordinário ou mesmo irresistível, mas apenas a ocorrência de um fato superveniente, que poderia ter sido previsto e não foi, e que cause onerosidade excessiva para o consumidor.

Analisando-se os requisitos necessários para a intervenção judicial nos contratos consumeristas, por força de onerosidade excessiva em desfavor do consumidor, se observa que o Código de Defesa do Consumidor acolheu a teoria da imprevisão, porém com modificações, haja vista que se dispensa a incidência de fato extraordinária e imprevisível para estas hipóteses. Sobre o assunto, afirma Donnini²⁸⁸:

Assim, a afirmação de que o CDC acolheu a teoria da imprevisão pode dar margem a interpretação até mesmo desfavorável ao consumidor. Em verdade, a antiga cláusula rebus sic standibus, que deu origem a esta teoria, foi recepcionada pelo Código. Entretanto, não foi seguido integralmente o modelo clássico edificado pela doutrina e pela jurisprudência do nosso país, na medida em que o CDC não impõe como requisito para a modificação ou revisão do contrato acontecimento extraordinário, imprevisível ou irresistível

²⁸⁷ DONNINI, Rogério Ferraz. A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 192-193.

²⁸⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 193.

para a incidência do art. 6º, n. V. Basta, como vimos, a comprovação da existência de fatos supervenientes que alterem o equilíbrio contratual, tornando a avença excessivamente onerosa para o consumidor.

Observe-se, que o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor trata dos direitos básicos do consumidor, sendo que, face tal premissa, o referido diploma não pode ser aplicado em favor do fornecedor, caso ocorra prestação desproporcional para este.

No entanto, pelo disposto no § 2º, do art. 51, do CDC, se observa que não somente o consumidor pode valer-se da intervenção judicial nos contratos, mas também o fornecedor, pois não teria qualquer sentido conservar um contrato que traga um ônus excessivo a qualquer dos contratantes.

Saliente-se, que no tocante a intervenção judicial dos contratos, com base em prestação jurisdicional para o fornecedor, esta ficará limitada a discussão material no âmbito da revisão, o que ocorre em razão da incidência direta do princípio da vulnerabilidade. Face o tema, seguem os ensinamentos de Rodrigues Junior²⁸⁹:

Por derradeiro, a teoria da imprevisão no Direito do Consumidor tenderá sempre a preservação do contrato, através de sua revisão judicial, no que está em simetria com o art. 51, parágrafo segundo, CDC, que expressa o princípio da continuidade dos vínculos. Entretanto, não se pode limitar apenas a este meio técnico os efeitos da teoria. De fato, o consumidor poderá optar entre resolver ou rever o contrato. O fornecedor, porém, estará limitado a discutir o direito material no âmbito da revisão, ficando a escolha exclusivamente limitada ao consumidor, por incidência direta do princípio da vulnerabilidade: caso assim não ocorresse, na maioria das situações, os fornecedores optariam pela resolução e não pela revisão.

Isto posto, pode ser observada a aplicabilidade da teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor, mantendo-se para tal ocorrência a necessidade de alteração de circunstâncias fáticas, apenas com a peculiaridade de que, para fins de aplicação da imprevisão nos termos deste diploma legal, dispensa-se que o fato de desequilíbrio do contrato seja imprevisível, imprevisto, extraordinário ou irresistível, conforme se observa pelos substratos doutrinários já citados.

²⁸⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão, São Paulo: Atlas, 2002, p. 171.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se, pois, precipuamente com o presente estudo, aprofundar os conhecimentos em relação ao tema abordado, por meio de investigação à luz da legislação e da doutrina, com o intuito de esclarecer profundas dúvidas a respeito do assunto questionado. Conforme foi analisado ao longo do presente estudo, o Direito é altamente influenciado pela economia e pela realidade social. O protecionismo em relação ao consumidor nasce através da pretensão de se cumprir a igualdade contratual, independentemente da posição ou condição em que cada parte envolvida se encontre. As necessidades de um mundo globalizado não suportavam mais as relações de consumo, em especial os contratos, sem que houvesse amparo em uma legislação específica para que se pudessem discutir as relações de consumo em um mesmo nível de igualdade.

O CDC passou a regulamentar os aspectos pertinentes da relação de consumo, equilibrando as posições, tanto dos consumidores, quanto dos fornecedores. No decorrer do estudo foi possível verificar que os contratos de adesão refletem na realidade dos dias atuais como forma de simplificar e melhorar as relações contratuais, especialmente as de consumo, todavia o seu surgimento trouxe também a criação das cláusulas abusivas, que são merecedoras de um tratamento metodológico como tentativa de conter tais procedimentos, diante da configuração contratual. Por outro lado, os contratos de adesão, não devem ser lembrados tão somente pelas desvantagens, como é o caso da possível existência de cláusulas abusivas, mas sim, deve-se buscar a cada dia, o aperfeiçoamento desses contratos, no sentido de manter íntegros os princípios da boa-fé e da igualdade contratual.

Pode-se analisar ainda a evolução histórica dos contratos, conceituando, e diferenciando os princípios essenciais como o da vulnerabilidade, igualdade, liberdade, boa-fé, imprevisibilidade, dentre outros; chegando a conclusão de que se fazia necessária a criação do CDC, que foi fruto do crescimento da sociedade de consumo ao longo dos tempos, e bem como o seu desenvolvimento acelerado. Assim, a abusividade é resultante de grandes transformações ocorridas com a formação de uma sociedade massificada e globalizada, a qual sofreu a necessidade de uma nova tutela jurídica destinada a uma classe específica: a do consumidor.

Em suma, o estudo demonstrou que na relação de consumo, a tutela do consumidor fica a mercê da vulnerabilidade do próprio consumidor, que nas relações de consumo, por se tratar de parte hipossuficiente, ou mais fraca, acaba tendo que se submeter às condições que lhe são impostas pelos fornecedores, parte mais forte. Foi, pois, necessário o estudo amplo referente ao sistema principiológico consumerista, bem como analisar questões essenciais referentes aos contratos. Verificando as práticas contratuais abusivas e controladas, observou-se que a ausência de informação e falta de conhecimento por parte dos consumidores, que acabam por se tornarem alvos fáceis para a aplicação de cláusulas abusivas. Por isso a importância de se estudar as cláusulas abusivas, e a legislação protetiva criada para beneficiar o consumidor, reconhecendo que este é a parte mais fraca, no mercado de consumo, porém, sem esquecer que é o interesse coletivo que se busca a proteção e não o individual.

Portanto, se verificou ainda que exista sustentação em lei no sentido de que foi para tutelar os direitos do consumidor que o Código de Defesa do Consumidor foi criado, visando garantir e assegurar a integridade das relações contratuais. Mas é importante adiantar que nem todos os contratos carregam a abusividade nas suas cláusulas, pois, alguns apenas vêm de encontro com a modernização. É verdade que desenvolve pactos contratuais massificados, mas apenas com o intuito de viabilizar o procedimento de contratação, sem causar qualquer prejuízo para os consumidores.

Assim, é possível concluir que o Código de Defesa do Consumidor foi uma das maiores e mais importantes conquistas do final do século XX, no sentido de manter as relações contratuais equilibradas, e de tentar igualar os desiguais, sem que haja prejuízo ou benefício a nenhuma das partes em detrimento da outra. Assim, o Código de Defesa do Consumidor, é uma lei forte e o consumidor deve exigir que ela seja cumprida, respeitada e aplicada, de forma que, por ser uma lei de ordem pública e de interesse social, não deve ser jamais contrariada, principalmente quando em defesa do consumidor, a parte vulnerável da relação de consumo.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. 12 ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira. 2004. 1423 p.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. Os direitos dos consumidores. Ed. Almedina. 1982.

ALMEIDA, João Batista de. A Proteção Jurídica do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALMEIDA, João Batista. A Proteção Jurídica do Consumidor. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2003. 641p.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993. 3v. 309 p.

BACCIOTTI, Rui Carlos Duarte. Contratos – Conceitos e Espécies. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ruibacioti/contratos1.htm>. Acesso em 02/05/2010.

BANDEIRA, Alexandre Domingues Martins. O instituto da inversão do ônus da prova no CDC. Artigo transcrito do site da Revista Autor. Revista Consultor Jurídico, 9 de abril de 2003. Disponível em: <http://www.revistaautor.com.br/ensaios/htm>. Acesso em 26/04/2010.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2002, 225 p.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Comentários ao código de proteção do consumidor – coordenador: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.

BERMAN, Vanessa Carla Vidutto. Processo administrativo fiscal previdenciário. 2008. Dissertação apresentada como exigência para obtenção do título de MESTRE em Direito Previdenciário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BESSONE, Darcy. Do contrato teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990). 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991. 157 p.

BONATTO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL, Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078/90.

BRASIL, Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 349 p.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22/04/2010.

BRASIL, Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, 825 p.

BRASIL, Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22/04/2010.

BRASIL. Código civil e legislação civil em vigor. Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 1753 p.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor e Legislação Correlata. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2003. 264 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 12 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, 12 set. 1990.

CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.^a Coimbra: Almedina, ed 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra: Coimbra Editora, 1982

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991

CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 33, p. 11-52, jul./set. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. O Empresário e os Direitos do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. O direito do consumidor e a técnica do prazo de reflexão. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n. 43, p. 259-272, jul./set., 2002.

CRETELLA Júnior, José. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, Brasília - ano 25 -nº 97, janeiro a março de 1988. p.07.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. SENADO FEDERAL, BRASÍLIA - ANO 25 -Nº 97, JANEIRO A MARÇO DE 1988. P.07.

DAIBERT, Jefferson. Dos Contratos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

DE LUCCA, Newton. Direito do Consumidor. São Paulo. Quartier Latin, 2003.

DINIZ, Maria Helena Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.2.

DINIZ, MARIA HELENA. TRATADO TEORICO E PRATICO DOS CONTRATOS. Vol. 1º, 1ª ed., Saraiva, SP, 1993

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, 621 p.

DOMINGUES, Renato Massoni. Algumas Reflexões Sobre o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana em Face de Alguns Tipos de Problemas do Poder Judiciário Brasileiro na Atualidade que Estimulam o Aumento do Uso da Cautelaridade do Processo. Mestrado em Direito. Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. 2002. 76 p.

DONNINI, Rogério Ferraz. A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 245 p.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2010. 861p.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2004. 622 p.

GOMES, Orlando, Contrato de Adesão, n.º 2, p. 4 e 5 – Contratos – Rio de Janeiro, 1992.

GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 523 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, 327 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 1012 p.

HOLTHAUSEN, Fabio Labot. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Operações Bancárias. Ajuris. mar 1998.

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil - Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. v. 3.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, Osmar. Trabalhos sobre Direito do Consumidor. Direito de Arrependimento. Disponível em: www.geocities.com/osmarlopes. Acesso em 22/04/2010.

MANDELBAUM, Renata. Contratos de Adesão e Contratos de Consumo. v. 9. São Paulo: RT, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 55, p. 11-52, set./set. 2005.

MARQUES. Cláudia lima. Novas Regras sobre a Proteção do Consumidor nas Relações Contratuais. v.. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos do Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 1992. 370 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 358 p.

MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva. 2000. 716 p.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor: com exercícios. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2009.

OLIVEIRA, James Eduardo. Código de Defesa do Consumidor. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2007

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 597 p.

RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 1974.

REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 1458 p.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002, 246 p.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v3.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 26 ed. São Paulo. Saraiva. 1999. 3v. 400 p.

RÓNAI, Paulo. Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

ROSA, Josimar Santos. Contrato de Adesão. São Paulo: Atlas, 1994.

RUGGIERO, Roberto de. Trad. Paolo Capitanio. Instituições de Direito Civil. Campinas: Bookseller, 1999, 859p.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11.9.90. 3 ed. São Paulo: LTr. 1998. 765 p.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil: contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, 122 p.

SANTOS, Eduardo Sens dos. A função social do contrato. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

SHARP JUNIOR, Ronald A.. Código de Defesa do Consumidor Anotado. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Contratos – Princípios gerais – Tendências do direito contratual contemporâneo – Abrandamento dos princípios tradicionais – Intervenção estatal crescente – Impacto do Código de Defesa do Consumidor. RT 765/11-33, jul./99

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 160 p.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. O Contrato e seus princípios. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, 652 p.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro - Obrigações e Contratos. V.. 2. 13. ed. São Paulo: RT, 1998.

WALT, Arnaldo. Obrigações e Contratos. São Paulo: RT, 1995