

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

ISAQUE MOZER NOGUEIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DO “PACTA SUNT SERVANDA” EM
CONTRATO DE ADESÃO PORTADOR DE CLÁUSULA ABUSIVA**

MARÍLIA
2017

ISAQUE MOZER NOGUEIRA

A RELATIVIZAÇÃO DO “PACTA SUNT SERVANDA” EM CONTRATO DE ADESÃO
PORTADOR DE CLÁUSULA ABUSIVA

Trabalho de curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Luís Vieira Carlos Júnior

MARÍLIA
2017

Nogueira, Isaque Mozer

A relativização do “pacta sunt servanda” em contrato de adesão portador de cláusula abusiva / Isaque Mozer Nogueira; orientador: Prof. Me. Luís Vieira Carlos Júnior. Marília, SP, 2017.

91 páginas;

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Direito do Consumidor. 2. Relativização do “Pacta Sunt Servanda”

CDD: 342.145



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Isaque Mozer Nogueira

RA: 52566-9

A relativização do "Pacta Sunt Servanda" em contrato de adesão portador de Cláusula Abusiva

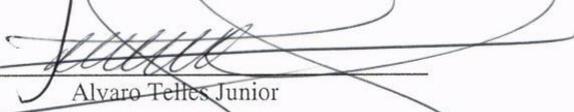
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

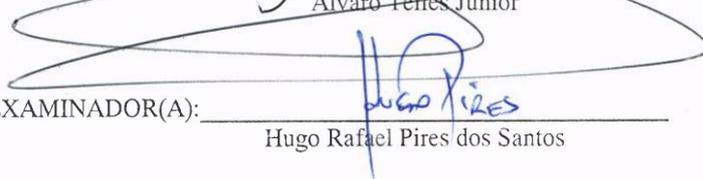
ORIENTADOR(A):


Luis Vieira Carlos Júnior

1º EXAMINADOR(A):


Alvaro Telles Junior

2º EXAMINADOR(A):


Hugo Rafael Pires dos Santos

Marília, 01 de dezembro de 2017.

*Dedico á minha esposa, companheira e amiga
Luana Ap. de Oliveira Mozer,
que durante esta jornada, prestou-me todo o seu apoio,
estando sempre pronta à colaborar com meus estudos
e incentivar-me na busca pela efetivação
dos meus objetivos, fazendo inclusive,
seus, os meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado fôlego de vida e saúde, além de capacitação para chegar a esse momento maravilhoso. Por ter me concedido força, paciência e proteção, bênçãos necessárias para o sucesso em um curso de nível tão elevado.

Agradeço infinitamente ao Professor Mestre Luís Vieira Carlos Júnior, a quem tive a honra de ter como orientador. Sou grato por toda orientação, apoio, e por toda paciência que teve para comigo, o que, com toda certeza facilitou a idealização deste trabalho.

Agradeço também a Luana Mozer, esposa maravilhosa que Deus me deu, por estar sempre ao meu lado, nos bons e nos maus momentos, sobretudo, naqueles que me deu vontade de jogar tudo para o alto. Sou muito grato pelo apoio e companheirismo, pela dedicação e compreensão que teve para comigo, atributos estes, primordiais para a conclusão desta etapa da minha vida.

Agradeço a minha “querida mamãe” Neuza Mozer, aquela a quem intitulo como a “minha rainha e principal incentivadora”, por estar sempre me apoiando, me aconselhando e me incentivando a perseverar na batalha. Sou infinitamente grato pelas inúmeras horas em que passou com os joelhos no chão, intercedendo por mim junto a Deus, para que eu fosse abençoado e iluminado nesta árdua caminhada.

Agradeço ao meu herói, meu querido papai Gilberto Nogueira, pelo exemplo de vida que me transmitiste. A minha formação acadêmica e profissional têm muito de seus ensinamentos, estes, que nem sempre precisaram ser verbalizados para que eu me tornasse um homem do bem, perseverante, batalhador, e por consequência, formado em direito.

Agradeço aos meus irmãos Matheus Mozer e Jônatas Mozer, por todos os momentos em que protagonizaram acontecimentos e experiências que, em muito contribuíram para que eu suportasse a rotina pesada entre estudos e trabalho.

Agradeço à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, aos seus docentes e demais colaboradores, pois cada um, em sua atribuição, contribuiu para que eu, uma pessoa sem formação alguma quando do ingresso no curso, saia agora, bacharel em direito.

Por fim, agradeço aos meus companheiros de jornada acadêmica, tanto de sala de aula, como de estágio, pelas experiências que me proporcionaram, e que muito me agregaram em conhecimento.

“Senhor dos exércitos, bem aventurado o homem
que em ti põe a sua confiança”. Salmos 84,12

NOGUEIRA, Isaque Mozer. **A relativização do “pacta sunt servanda” em contrato de adesão portador de cláusula abusiva**. 2017. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduando em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

O presente trabalho busca constatar o modo de incidência do *Pacta sunt servanda* em contrato de adesão portador de cláusula abusiva. Para isso, observa a historicidade do mercado de consumo, levando em consideração que diante da constante globalização e do crescimento deste meio, tornou-se necessária a preocupação tanto do Estado, quanto da sociedade em geral, para com o equilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor. Neste diapasão, nota-se que os movimentos sociais voltados a buscar no Estado uma proteção maior ao consumidor, fomentaram uma preocupação de nível internacional a respeito dos direitos deste, dando origem a legislações consumeristas em inúmeros países, dentre eles o Brasil. Em nosso país, apesar de toda a proteção atribuída ao consumidor, ainda é muito comum o fornecedor fazer uso de sua posição superior, para impor suas convicções, o que invariavelmente lhe favorece às custas do consumidor. E isso se dá, muitas das vezes, por meio de imposições fixadas em contrato de adesão, que, como sabemos, é corriqueiramente empregado no mundo do consumo. Neste ponto, entra a questão principal de nosso trabalho, pois, a intromissão do estado-juiz no conteúdo do contrato para retirar a obrigatoriedade das cláusulas abusivas, relativizando a incidência do *Pacta sunt servanda*, se mostra necessária ao equilíbrio da relação de consumo e, conseqüentemente da sociedade, que como se sabe, sofre efeitos diretos da relação de consumo. Diante disso, o estudo do contrato utilizado no meio consumerista, nos leva aos princípios contratuais, e posteriormente, aos princípios do CDC, que por sua vez, modulam os efeitos de alguns mandamentos clássicos do contratualismo, dentre eles, o princípio da obrigatoriedade, e conseqüentemente o *Pacta sunt servanda*. Para tanto, o presente trabalho é pautado no método hipotético-dedutivo, onde se observa a legislação, a doutrina, a jurisprudência, bem como trabalhos científicos a respeito.

Palavras-chave: Abusiva. Adesão. Cláusula. Consumidor. Contrato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1- A COMPOSIÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	9
1.1 O Consumidor	9
1.2 O fornecedor	17
1.3 O produto e o serviço.....	23
2- A IMPORTÂNCIA DO CONSUMIDOR	28
2.1 Os movimentos em prol do consumidor	32
2.2 O Código de Defesa do Consumidor	45
2.3 Os princípios informadores do CDC	48
3- AS FONTES DAS OBRIGAÇÕES E O CONTRATO.....	57
3.1 Fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico.....	60
3.2 O contrato	63
3.3 Os princípios informadores do contrato.....	68
3.4 O contrato de adesão	74
3.5 As cláusulas abusivas e a relativização do “Pacta Sunt Servanda”	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

Atualmente, percebe-se um intenso interesse nos assuntos relacionados às relações de consumo, o que naturalmente é fruto da crescente evolução da sociedade em todos os seus aspectos.

A adoção de novas técnicas de produção, distribuição e comercialização em massa, que por sua vez, servem para empregar objetividade às relações de consumo, colocam à disposição do fornecedor e do consumidor, uma gama de procedimentos e instrumentos revolucionários, mas, que nem sempre favorecem este último.

Esta situação é fruto das revoluções liberais ocorridas na sociedade, que por sua vez, afastaram o controle do Estado sobre as relações civis, abrindo uma verdadeira cratera socioeconômica entre o detentor da máquina de produção e distribuição, e o consumidor.

Porém, com o passar do tempo, a necessária evolução no modo de ver o contrato, passou a abandonar a sua concepção tradicional, onde a vontade das partes é a pedra angular da relação, para a concepção social do contrato, onde os interesses da sociedade gozam de maior importância ante a vontade individual. Não bastasse, o Estado teve de volta o poder de interferir no conteúdo contratual, para garantir seu equilíbrio e manter a ordem pública.

Neste diapasão, os princípios tradicionais do contrato, que antes afirmavam a vontade das partes como soberanas, sofreram drásticas mitigações, a exemplo dos princípios, da autonomia da vontade das partes e, da obrigatoriedade, este, que por sua vez, é orientado pela máxima do *Pacta sunt servanda*.

Com base nisso, a nossa intenção é pontuar alguns aspectos do contrato de adesão, por ser ele, o instrumento contratual mais empregado no cotidiano consumerista, para compreender se o princípio representado pelo brocardo em questão resta totalmente comprometido ou apenas relativizado em instrumentos contratuais desta espécie, que portem qualquer tipo de estipulação abusiva.

Porém, é importante frisar, que o foco deste trabalho não milita no sentido de inovar no assunto, mas tão somente observar os parâmetros que delineiam o tema proposto.

Para isso, o presente estudo se pautará em pesquisa bibliográfica sob o método hipotético dedutivo, onde, analisaremos tanto as legislações pertinentes, bem como, artigos científicos, doutrina e jurisprudência.

Assim sendo, iniciaremos nosso trabalho, abordando os conceitos de consumo, consumidor e fornecedor, institutos necessários ao deslinde do raciocínio.

Posteriormente, observaremos as desigualdades criadas pela cultura consumerista, passando pelos primórdios de seus movimentos, até os dias atuais.

Estudaremos também os mecanismos criados para regular as relações de consumo tanto em nível internacional, como doméstico, entrando no mérito do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil Brasileiro, que por sua vez, é o mecanismo subsidiário de regulação das relações consumeristas.

Por último, entraremos no mérito central do nosso trabalho, analisando a questão aqui proposta, sob o olhar jurídico do CDC, que por sua vez, determina a nulidade de algumas cláusulas tidas como abusivas.

1- A COMPOSIÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Muito se fala em consumo atualmente, pois vivemos em plena sociedade do consumo, onde o indivíduo apenas se sente integrado ao meio social, se puder consumir o que o mercado consumerista lhe propõe.

Há teorias sociológicas, econômicas, psicanalíticas, psicossociais e até antropológicas, colocando-se a explicar o consumo, como lembra Canclini (2008, p.60), o que não vem ao caso, pois cada estudioso tem um ponto de vista da sociedade, segundo a ciência a que se dedica.

Porém, para que não reste inobservado, utilizemo-nos das palavras do mesmo autor, que ao definir o consumo diz: “o consumo é o conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação e os usos dos produtos”. (CANCLINI, 2008, p.60).

Observa-se, que o consumo é o resultado, e, ao mesmo tempo, peça de uma cadeia de ações humanas, onde os atos dos indivíduos da sociedade convergem para que o mecanismo socioeconômico funcione permanentemente.

Um produto é criado, produzido pela mão de obra e colocado á venda. O consumidor, que muitas vezes é o mesmo que o produz, fornecendo sua força de trabalho por uma espécie de contraprestação, geralmente o salário, o adquire, e por sua vez, o consome.

Porém, seja por necessidade ou por mera ostentação provocada pela publicidade, o consumidor sente-se obrigado a manter se no mercado de consumo, e para isso, continua trabalhando, produzindo, e ganhando salário, o que faz com que o círculo vicioso do consumo nunca pare, já que existem outros milhares de indivíduos na mesma situação.

Pois bem, para que haja uma relação de consumo, é necessário que de um lado esteja o fornecedor de um bem ou serviço e, do outro, no mínimo um consumidor, aquele que irá dar fim ao produto, ou ao menos, retirá-lo do mercado de consumo.

Nesta relação, uma das partes geralmente é mais fraca que a outra. Dizemos mais fraca, no sentido de condições econômicas, técnicas ou jurídicas, o que a legislação consumerista chama de “vulnerabilidade”, esta, que será objeto de estudo mais adiante.

Para que possamos adentrar aos estudos a que nos propusemos, devemos antes, pontuar os elementos subjetivos e objetivos que caracterizam a relação de consumo, quais sejam: consumidor e fornecedor (subjetivos), produto e serviço (objetivos).

1.1 O Consumidor

Na omissão da Constituição Federal em definir o consumidor, o Código de Defesa do Consumidor o faz em três oportunidades, a começar pelo artigo 2º, observemos:

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

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Nota-se, que antes de tudo, o legislador procurou determinar consumidor, identificando a sua atribuição para com a relação de consumo, qual seja a de dar destino final ao produto ou serviço. Desta forma, consumidor é todo aquele que se perfaz no paradeiro final do resultado de uma cadeia de produção.

Não bastasse, o legislador preocupou-se em alçar ao patamar de consumidor, toda a coletividade de indivíduos que, de alguma forma, sofram os efeitos da relação de consumo propriamente dita, como podemos retirar do artigo 17 do CDC que diz: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

Observa-se, que o artigo 17 complementa o 2º, equiparando ao consumidor, àquele atingido por danos resultantes de produto ou serviço, mesmo que não adquirido de forma direta por ele, *v.g.* recebimento de um presente de aniversário.

Por fim, o artigo 29 do CDC reafirma a hipótese de proteção estipulada a este consumidor, ratificando a desnecessidade de identificação individualizada, por meio do seguinte disposto: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Porém, voltando nossa atenção ao termo “destinação final” elencado pelo CDC, deve-se pontuar que foi criado no ambiente doutrinário, um burburinho a esse respeito.

Ao dizer que consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final, o CDC passa a exata noção de que qualquer ente físico ou jurídico que adquire um produto, sendo o paradeiro final dele, consumidor é.

Entretanto, como observaremos mais adiante, o CDC foi criado para igualar as condições entre consumidor e fornecedor. Aquele que, na relação consumerista geralmente é o mais fraco, pois tem menores possibilidades de discutir em pé de igualdade com este, em eventuais contingências.

Desta forma, como o legislador incluiu no rol de consumidor a pessoa jurídica, instala-se o seguinte dilema: Como que uma relação entre uma empresa e um fornecedor de

bens ou serviços pode caracterizar um vínculo entre uma parte mais fraca em relação a outra? Haja vista, que ambas estão no mercado para comercializar serviços ou produtos, ou seja, auferir lucro, e que para isso, contam com recursos para agir em pé de igualdade negocial. Além do mais, podem lançar mão da legislação empresarial e civil para reger seus negócios.

Sobre isso, Filomeno *apud* Khouri (2005, p.44) observa que algumas legislações estrangeiras não enxergam a pessoa jurídica como consumidora pela força econômica que esta possui, podendo assim, fazer valer seus interesses e direitos frente ao fornecedor.

Inclusive, na mesma obra, o autor lembra que Bourgainne observa que o direito estrangeiro, no máximo elege as pessoas jurídicas sem fins lucrativos como consumidoras, e que isso denota a preocupação do direito estrangeiro em proteger apenas as pessoas jurídicas suscetíveis á relações desequilibradas. (KHOURI, 2005, p.44)

Outra problemática se instala no sentido de que a pessoa jurídica, sendo um ente que visa o lucro, pode não ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido, podendo ser destinatária final fática, apenas, haja vista, que se utilizará do mesmo para, de alguma forma, angariar mais riquezas, seja revendendo-o, ou utilizando-o como um facilitador para a produção e fornecimento do seu produto ou serviço.

Neste contexto, Milena Guerreiro Gilio da Silva (2016, p.11) ilustra bem o cenário em seu trabalho de conclusão de curso, lembrando que o termo “destinação final” do CDC, traz uma problemática acerca do modo como o produto ou serviço será utilizado, e não apenas como o mesmo é adquirido.

Cabe aqui pontuar, que a destinação final econômica é caracterizada com o fim da cadeia produtiva do bem de consumo, ou seja, ao ser adquirido, ele não se torna instrumento de atividade profissional, não produz ganho para quem o possui, não é utilizado para a criação de mais riqueza.

Enquanto que na destinação final fática, como bem ensina Tartuce (2014, p.76), “o consumidor é o último da cadeia de consumo,” não existindo ninguém após ele. Assim, essa espécie de destinação final, configura-se na simples retirada do produto do mercado de consumo, não importando se o mesmo será utilizado em uma residência ou em um escritório de advocacia, por exemplo.

Diante disso, a doutrina colocou-se ao estudo do tema, para então definir se o artigo 2º do CDC deveria ser interpretado de maneira restringida ou literal, criando diversas teorias, donde observaremos as duas mais importantes e até mais comentadas, quais sejam a finalista e a maximalista.

Para a primeira, conhecida como teoria subjetiva, consumidor é aquele que dá destinação final fática e econômica ao bem ou serviço, ou seja, é importante a consciência subjetiva do adquirente, que retira o produto do mercado de consumo para valer-se de sua finalidade ou entregar a um dos seus, que o fará, sem a intenção de angariar qualquer tipo de lucro habitual por meio dele. Marques, inclusive, observa neste sentido, *in verbis*:

[...] não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção de novos benefícios econômicos [...]. (MARQUES, 1992, p.66)

Se adotado este entendimento, exclui-se a pessoa jurídica do conceito de consumidor, porque em regra, a pessoa jurídica, sobretudo a empresa e o empreendedor individual, de alguma forma se utilizam do produto adquirido em sua atividade econômica, para lucrar, mesmo que indiretamente, pois seu objetivo principal é o lucro. Dessa forma, não dão destinação final econômica aos produtos que adquirem, tratando qualquer aquisição, como mero investimento, repassando o valor investido ao adquirente do produto de sua atividade habitual.

Neste diapasão, recorrendo novamente às sábias palavras de Marques, desta vez por intermédio de Silva, podemos notar que ela adere à teoria em questão pelo motivo que acabamos de observar, *in verbis*:

(...) o destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos de preço, como insumo da sua produção. (SILVA, 2016, p.11)

Podemos dizer então, que aos olhos da teoria finalista, o uso do bem ou serviço para a geração de mais riqueza, descaracteriza a condição de consumidor, passando a pessoa jurídica, a ser tratada como mero adquirente, contratante, comprador, etc.

A teoria Maximalista por sua vez, vai por outro sentido. Olhando objetivamente para a relação de consumo, ela considera como consumidor, aquele que apenas retira o produto do círculo comercial. Tem como consumidor, todo aquele que adquire um bem ou serviço, não importando sua capacidade econômica, também não levando em conta como o mesmo se utilizará do produto, podendo inclusive, empregá-lo em sua atividade profissional.

Segundo essa teoria, o destinatário final tem a única e exclusiva incumbência de dar destinação final fática ao produto ou serviço. Desta forma, *v.g.* se uma empresa do ramo de móveis planejados adquire de uma multinacional, microcomputadores para uso em suas dependências, a mesma é considerada consumidora, levando-se então, ao pé da letra o disposto no *caput* do artigo 2º do CDC. É neste sentido que Khouri observa, vejamos:

[...] para essa corrente é desinfluyente o elemento teleológico ou a finalidade desse “consumo”. Na verdade, os maximalistas fazem uma interpretação literal do art. 2º do CDC, uma vez que o legislador não excepcionou a pessoa jurídica como consumidora, não caberia ao intérprete da lei excepcioná-la. (KHOURI, 2005, p. 44)

Dentre os adeptos dessa teoria, podemos destacar as palavras de Alinne Arquette Leite Novaes *apud* Tartuce, que usa o contrato de adesão para justificar a adoção da teoria maximalista, mediante a desigualdade de condições que este instrumento causa na relação entre os contraentes, *in verbis*:

Concluimos, então, dizendo que o Código de Defesa do Consumidor é totalmente aplicável aos contratos de adesão, em virtude da extensão do conceito de consumidor, equiparando a este todas as pessoas expostas às práticas previstas nos seus capítulos V e VI, estando, como é sabido, os contratos de adesão disciplinados dentro deste último. E isso ocorre porque a intenção do legislador, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, foi garantir justiça e equidade aos contratos realizados sob sua égide, para equilibrar partes contratuais em posições diferentes, tutelando de modo especial o partícipe contratual, que julgou ser vulnerável. Assim, entendeu o legislador que a simples exposição às práticas por ele previstas no CDC era suficiente para gerar uma situação de insegurança e de vulnerabilidade, considerando, portanto, o simples fato de se submeter a um contrato de adesão colocava o aderente em posição inferior, se equiparando ao consumidor. (TARTUCE, 2014, p.78)

Porém, devemos observar que como toda teoria dentro do direito, ou em qualquer outro ramo, esta, tem seus críticos manifestos, que a consideram demasiadamente ampla e abrangente.

Inclusive, Tartuce (2014, p.78/79) tece alguns respeitosa comentários opostos ao entendimento da autora supracitada. No seu entender, o contrato de adesão mencionado por ela, não pode ser confundido com o contrato de consumo, pelo motivo de aquele ser um instrumento contratual, que pode ser utilizado tanto em negócios empresariais, como no exemplo que ele mesmo cita, (negócios entre franquia e franqueado), bem como, em relações consumeristas, sendo, portanto, apenas uma forma de contratação e que não necessariamente contém os elementos subjetivos e objetivos da relação consumerista.

Filomeno *apud* Khouri (KHOURI, 2005, p.45), também é contrário a essa teoria. Em seu entendimento, a interpretação do conceito de consumidor, deve ser feita da maneira mais restrita possível, mencionando inclusive, a seguinte hipótese:

Não pode ser considerada consumidora a empresa que adquire máquinas para a fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório e que venha a apresentar algum vício. Isto porque referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada têm a ver com o conceito de destinação final. (KHOURI, 2005, p.45)

Porém, em meio à discussão em tela, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a respeito e praticamente criou uma teoria composta, a qual, alguns doutrinadores chamam de teoria finalista mitigada ou aprofundada.

O STJ considera a possibilidade de a pessoa jurídica ser vulnerável econômica, técnica ou juridicamente falando, frente ao fornecedor.

Portanto, para que seja considerada consumidora, a pessoa jurídica deve comprovar a existência de no mínimo um tipo de vulnerabilidade perante o fornecedor. Vejamos uma recente ementa do TJ-SP que menciona este entendimento:

TELEFONIA MÓVEL. AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. HIPÓTESE NÃO AFETADA PELA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RESP 1.525.174/RS). CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICÁVEL AO CASO. TEORIA FINALISTA MITIGADA. PESSOA JURÍDICA QUE PODE, EVENTUALMENTE, SER CONSUMIDORA. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROPOSTA DE GRATUIDADE DOS APARELHOS MÓVEIS INOBSERVADA. COBRANÇA INDEVIDA INCONTROVERSA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA (ART. 341 DO NCPC). INSCRIÇÃO NO ROL DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CARACTERIZADO. OFENSA À HONRA OBJETIVA DA EMPRESA AUTORA. DESPRESTÍGIO PERANTE CLIENTELA (SÚMULA 227 DO STJ). VALOR ARBITRADO COMPATÍVEL COM A DÚPLICE FINALIDADE PUNITIVA E COMPENSATÓRIA DA REPARAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação 1006977-72.2014.8.26.0269; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapetininga - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/02/2017; Data de Registro: 07/02/2017) (SÃO PAULO, 2017)

Nota se, que o ânimo dos julgadores, se volta a averiguar a existência ou não de vulnerabilidade por parte da pessoa jurídica.

Outro exemplo nítido dessa averiguação é a negativa de provimento pelo mesmo tribunal, em um caso, em que não restou comprovado nenhum tipo de vulnerabilidade da pessoa jurídica, observemos:

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA – INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Ainda que sob a ótica da teoria finalista mitigada, não há como se reconhecer a vulnerabilidade do apelante ao adquirir peças para um dos caminhões de sua frota, pois esta atividade está diretamente relacionada com a sua área de atuação – O exercício profissional de atividade econômica organizada para a prestação de serviços pressupõe o domínio sobre os fatores de produção e a detenção das informações essenciais sobre a atividade – Distribuição do ônus da prova de acordo com a regra geral do art. 373 do Código de Processo Civil – O apelante não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, os quais, de qualquer forma, não conduziram à declaração de inexigibilidade de débito pretendida, sob pena de enriquecimento ilícito, pois, após o concerto, este passou a fruir plenamente do bem adquirido – DANOS MATERIAIS – Não comprovação – Prejuízos materiais devem ser efetivos e comprovados, não cabendo indenização por danos presumidos – Honorários advocatícios sucumbenciais majorados, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil – Negado provimento.

(TJSP; Apelação 0006424-51.2014.8.26.0363; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi Mirim - 2ª Vara; Data do Julgamento: 09/03/2017; Data de Registro: 10/03/2017) (SÃO PAULO, 2017)

Observa-se nesta decisão, que para negar provimento ao recurso, os julgadores detectam o vínculo do objeto da relação de consumo, com o ramo empresarial em que a pessoa jurídica adquirente atua. Isso inviabiliza principalmente a vulnerabilidade técnica, pois, ao adquirir um produto ou serviço diretamente relacionado à sua atividade econômica, a pessoa jurídica passa longe de ser vulnerável, em razão de a atividade-fim que exerce prover-lhe condições de analisar as especificações e a qualidade do que está adquirindo. Neste diapasão, inclusive, temos as palavras de Khouri, observa-se:

[...] a aquisição de produtos e serviços relacionados com a atividade-fim da empresa a exclui do conceito de consumidora, bem como a aquisição de qualquer bem, fora da atividade-fim da pessoa jurídica a inclui no conceito de consumidora. (KHOURI, 2005, p.46)

Nota-se, que a teoria mitigada abre a possibilidade de uma empresa vulnerável perante o fornecedor, ser considerada consumidora, ao adquirir insumo que não faz parte de sua especialidade, e ser destinatária final do mesmo, pois tal insumo fará parte de um novo produto, não sendo, portanto, repassado ao consumidor-final no estado em que se encontra.

Cabe aqui destacar, que insumo é a matéria prima necessária para a produção de algo, *v.g.* a farinha de trigo para a produção do pão.

Por fim, como mencionado no início deste assunto, por meio do artigo 17 do CDC, o legislador tratou de equiparar ao consumidor, os entes que, mesmo não fazendo parte da relação de consumo, são negativamente atingidos por ela.

Imagine que um objeto adquirido por A, em razão de algum defeito de fabricação venha a atingir e ferir B. Desta forma, temos a configuração de uma das hipóteses pensadas pelo legislador, para equiparar às vítimas do evento (relação contratual de consumo) mesmo não fazendo parte dele de forma direta.

Khouri (2005, p.53/54) dentre outros doutrinadores, trata este tipo de consumidor, como “vítima do acidente de consumo”, observando que, ao equipará-lo ao consumidor propriamente dito, o CDC criou uma relação obrigacional, que se perfaz pelo simples fato do produto causar danos a terceiros estranhos à relação entre fornecedor e consumidor, mesmo que não haja culpa do fabricante ou distribuidor, ou seja, cria-se uma obrigação à margem da contratual e da originada por ato ilícito.

O artigo 29 do CDC, já mencionado, traz outra espécie de equiparação. A título de lembrança, o artigo em tela diz que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não,” expostas às práticas previstas no diploma legal em comento.

Neste caso, não é necessário que alguém seja realmente atingido por uma relação de consumo. Basta que esteja exposto a algum tipo de dano. Além de que, não precisa ser determinado, podendo tratar-se de uma coletividade de pessoas determináveis ou não.

Um exemplo que pode ser citado é o fato de uma loja instalada dentro de um Shopping Center, expor uma propaganda enganosa sobre um produto em sua vitrine. Não é preciso raciocinar longamente para concluir que as pessoas que perambulam pelas dependências deste Shopping, podem a qualquer momento, visualizar tal anúncio, ser induzido a adquirir o produto anunciado e descobrir posteriormente que o mesmo não se traduz bem no que a propaganda oferecia.

Nota-se, que o CDC no papel de guardião do equilíbrio das relações consumeristas, protege tanto os agentes mais frágeis e vulneráveis ligados às relações de consumo de forma direta, bem como, aqueles que porventura sofram danos por reflexo dessas relações, e o faz para manter o equilíbrio econômico-social, impondo ao fornecedor o dever de responsabilidade em suas atribuições e, ao mesmo tempo, expirando ao consumidor, sentimento de que pode contar com a proteção do Estado.

1.2 O fornecedor

Posta a definição de consumidor, coloquemo-nos a estudar o fornecedor, que da mesma forma que aquele, é parte necessária para a formação da relação de consumo.

As palavras de Khouri, bem ilustram a necessidade da identificação de no mínimo um fornecedor para que a relação jurídica seja de consumo, vejamos:

não basta a simples existência de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços para que aquele que adquiriu o bem ou serviço seja protegido pelo CDC. Ainda que quem tenha adquirido o bem ou serviço o tenha feito como consumidor, ou seja, para uso não profissional, pode não haver nessa relação uma relação jurídica de consumo. É que, se quem lhe forneceu o bem ou o serviço não se encaixa no conceito de fornecedor, não haverá relação de consumo [...]. (KHOURI, 2005, p.54/55)

Olhando para a doutrina, podemos observar várias pontuações acerca do tema. Jacobina (1996, p. 60), por sinal, ao conceituar o fornecedor, identifica a existência de três elementos caracterizadores segundo o CDC. O elemento pessoal, o objetivo e o relacional, na qual o primeiro é um conceito extensivo, identificado na forma como o legislador agiu ao não limitar a atuação dos fornecedores despersonalizados.

O segundo elemento é observado na medida em que o legislador buscou identificar o fornecedor, observando a sua atividade econômica e a frequência com que ela é exercida, devendo ser habitual.

Por fim, o terceiro e último elemento é identificado por meio da relação entre o fornecedor e o consumidor, ou seja, quando ambos formam uma relação jurídica e esta perdura apenas enquanto se dá a relação.

Outros doutrinadores se ocupam em fragmentar e classificar fornecedor em três categorias diferentes. Neste diapasão, podemos mencionar Rocha (1992, p.72), pois, em seu entendimento, a primeira categoria é a de fornecedor real, que se perfaz na pessoa física ou jurídica que de alguma forma participa do processo de criação e ou fabricação do produto, ou de um componente que virá a integrá-lo; ou ainda, aquele que processa a matéria prima dirigida a criação e produção do produto.

A segunda definição é a de fornecedor aparente, que nada mais é, que aquele que, mesmo não tendo participado da etapa que acabamos de observar, fixa seu nome, sua marca ou seu logotipo no produto final, *v.g.* as empresas de venda por correspondência, que sob seu nome ou marca, oferecem no mercado, produtos criados e produzidos por outrem.

Porém, o autor supracitado faz uma ressalva a respeito dessa definição, dizendo que o CDC não se atentou em mencionar o fornecedor aparente, pelo menos no que se refere à responsabilidade pelo fato do produto, uma vez que não se reporta á aqueles que se apresentem “como produtor ou fabricante pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo” (ROCHA, 1992, p.72/73).

A terceira e última definição, toca ao fornecedor presumido. Tal acepção trata do ente que importa o produto, ou vende-o, sem exprimir claramente as informações do criador/produtor do mesmo.

Cabe salientar que, como o fornecedor ocupa o outro polo da relação consumerista, ele é responsável pelos efeitos indesejáveis que seu produto ou serviço vier a provocar, não apenas por ser o criador, produtor, intermediador ou alienante do produto, mas por concentrar maiores e mais precisas informações sobre aquilo que disponibiliza. Podendo inclusive, controlar a fonte de riscos e danos, por possuir maiores condições de prever os potenciais incidentes que poderiam ser provocados por produtos viciados ou defeituosos.

O CDC por sua vez, é sucinto ao conceituar o fornecedor. Isso se dá, pelo fato de que o diploma em questão busca identificá-lo de forma ampla e objetiva, porém, sem prolongar-se no conceito de quem deve assim ser considerado. Observemos o artigo 3º:

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

Nota-se, que ao elaborar o CDC, o legislador buscou apontar o consumidor e o fornecedor de maneiras diferentes. Enquanto identificou aquele pela destinação final que dá ao produto ou serviço, o legislador definiu este, de forma genérica, apontando apenas a atividade como fator determinante para colocá-lo na posição de fornecedor.

Para entendermos o que se tem por atividade, valemo-nos das palavras de Antônio Junqueira de Azevedo *apud* Tartuce, *in verbis*:

[...] Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma **pruralidade de atos**; (ii) de uma **finalidade comum** que dirige e coordena os atos; (iii) de uma **dimensão temporal**, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige **ad incertam personam** (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e a sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem. (TARTUCE, 2014, p.70, grifo do autor)

O CDC, como se pôde observar no dispositivo fixado a pouco, elenca alguns tipos de atividades como, criação, produção, transformação, entre outras, necessárias para a identificação do fornecedor. Porém, o faz sem aprofundar-se no conceito, isto é, sem detalhar tais atividades, como por exemplo, atividade de criação de artes plásticas, atividade de prestação de serviço de vigilância, etc.

Neste sentido, nota-se que o diploma consumerista, de forma objetiva e utilizando-se da terminologia genérica “fornecedor”, busca abarcar o máximo de fornecedores possível, bastando à identificação da atividade compatível com as descritas no texto da lei, juntamente com algumas outras características que observaremos.

Porém, quanto á caracterização do fornecedor de serviços, cabe salientar que diversos doutrinadores, dentre eles Marques (1992, p.75), lembram que o artigo 3º do CDC, deixou a cargo do intérprete a realização da interpretação sob um aspecto mais aberto.

O dispositivo em comento menciona como requisito para a identificação do fornecedor de serviços, o desenvolvimento de atividade de prestação de serviços, porém sem indicar na definição de serviço (§2º), se o mesmo deve ser realizado por profissional ou não, limitando-se apenas a indicar a remuneração como fator preponderante na atividade. Vejamos o dispositivo em comento:

Art. 3º, § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Neste sentido, afirma Cretella Jr *apud* Rosa:

O serviço pode ser **gratuito** ou **remunerado**, só interessando este último, para efeitos da **relação de consumo**, desde que a atividade penetre no mercado de trabalho, com esse atributo. (ROSA, 1995, p.28/29, grifo do autor)

Porém, a lacuna deixada pelo §2º do artigo 3º do CDC, é preenchida por outro requisito necessário à caracterização do fornecedor, o “intuito de lucro”. Esse lucro pode ser tanto direto, como indireto, e confere ao fornecedor, seja de bens ou serviços, o “elemento da profissionalidade” como salienta Khouri (2005, p.55). Marques, por sua vez, também leciona a respeito, vejamos:

[...] o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, como a transformação, a distribuição de produtos. (MARQUES, 1992, p.75, grifo do autor)

Já em outra obra (MARQUES, 2005, p.392), a mesma autora lembra que as características que identificam o fornecedor, sobretudo a da profissionalidade, excluem da aplicação do CDC os contratos idealizados entre dois consumidores não profissionais. E revela concordar com tal exclusão, já que, ao criar direitos aos consumidores, o CDC estabelece amplos deveres para os fornecedores propriamente considerados.

Ademais, para que seja considerado fornecedor, o ente físico ou jurídico deve possuir habitualidade no desenvolvimento de sua atividade, o que retira do conceito em tela, aquele que esporadicamente vende ou aluga um bem ou preste algum serviço.

Tartuce (2014, p.70) bem utiliza uma hipótese para ilustrar o assunto, dizendo que um indivíduo que, após anos de uso do seu automóvel opta por aliená-lo, não pode ser considerado fornecedor deste bem, nesta relação jurídica de compra e venda, em razão da falta de habitualidade nesta atividade.

Em outro trecho da mesma obra (TARTUCE, 2014, p. 70/71), o autor diz que, quem vende coisas usadas com o intuito de apenas desfazer-se delas, ou aliena sua casa a fim de comprar outra para mudar de endereço, não pode ser considerado fornecedor.

Observa-se então, que apesar de haver a venda e o ânimo do adquirente em ser o destinatário final do objeto da relação, a falta de habitualidade na atividade de venda, por parte do alienante, impede a configuração da relação de consumo. Em outras palavras, o fato de o alienante não se colocar no mercado como vendedor habitual de objetos usados ou casas, faz com que tais relações jurídicas se resumam a relações de compra e venda.

No mais, preenchendo cumulativamente os requisitos observados, são considerados fornecedores, todos os entes elencados no artigo 3º do CDC, ou seja, a pessoa física que se encontra no rol dos fornecedores. Assim, resta protegido aquele consumidor que adquire produto ou serviço de um profissional liberal por exemplo. Salvaguarda também, aquele que adquire bens ou serviços oferecidos por comerciantes autônomos, que muitas vezes são pessoas desempregadas que optam por vender produtos nas ruas.

A pessoa jurídica privada também pode ser considerada fornecedora, seja ela uma empresa ou um empreendedor individual. Também a pessoa jurídica pública, ao fornecer serviços públicos que exijam contraprestação por meio de tarifas e taxas, como por exemplo, o fornecimento de energia elétrica, água, telefonia, transporte, entre outros. Não importando se o faz diretamente ou por intermédio de concessionária ou permissionária.

Inclusive, em relação á pessoa jurídica pública, cabe salientar que o *caput* do artigo 22 do CDC, expressamente a inclui no rol de fornecedores, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Como se não bastasse, após expressar que o Estado deve ser entendido como fornecedor de serviços públicos, o CDC, ao positivizar os direitos do consumidor, novamente faz menção ao poder público, incluindo-o de forma indireta no rol de fornecedores, por meio do inciso X do artigo 6º, com a seguinte redação: “São direitos básicos do consumidor; X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Porém, como fixa Tartuce (2014, p.111), mesmo com os ditames de que a pessoa jurídica pública é sujeita ao CDC, há prestadores de serviços dessa natureza, que lutam na justiça argumentando que não estão submetidos aos regramentos do diploma em tela.

Isso se dá, provavelmente pela existência de divergência doutrinária a respeito, onde, uma parcela da doutrina, discorda da colocação da pessoa jurídica de direito público no rol de fornecedores. Esse grupo restringe a responsabilização do Estado no que diz respeito ao fornecimento dos serviços públicos. Neste diapasão, João Batista de Almeida *apud* Khouri, bem pontua tal dissentimento doutrinário, observa-se:

[...] Há autores, como Denari e Marins, que não fazem qualquer referência a serviços públicos excluídos da tutela, com isto admitindo a incidência da tutela sobre todos eles. E há autor, como Pasqualotto, sustentando que não estão tutelados pelo CDC os serviços públicos próprios – aqueles prestados diretamente pelo Estado, como a defesa nacional e a segurança pública, mantido com o produto da arrecadação dos tributos em geral – por faltarem-lhes o requisito essencial da remuneração específica, limitando-se a tutela do CDC apenas aos serviços públicos impróprios – prestados diretamente pelo Estado ou indiretamente, por meio de concessão, permissão ou autorização – na medida em que são custeados por meio de pagamento de taxas ou tarifas, como, por exemplo, os serviços de água, energia elétrica e telefonia. (KHOURI, 2005, p.57)

Pode ser que o doutrinador contrário á caracterização do ente público como fornecedor, em alguns casos de fornecimento de serviço público, goze de certa razão, pois segundo o seu raciocínio, é certo que vários desses serviços são custeados por impostos arrecadados dos contribuintes, como por exemplo, a segurança pública, a educação, a saúde, etc. Talvez seja por isso que os serviços públicos sejam divididos em próprios e impróprios.

Para efeito de esclarecimento, os serviços públicos impróprios, são aqueles custeados por taxas e tarifas, como por exemplo, a CNH, que para ser emitida ao motorista, necessita

que este providencie o recolhimento de uma taxa. Temos também o exemplo da energia elétrica, que é custeada por tarifas cobradas dos consumidores, pela concessionária.

Já os serviços públicos próprios, são aqueles custeados por uma das espécies de tributo, o Imposto, *v.g.* a segurança pública, a saúde, a educação, etc.

Isto se dá, porque o imposto não possui caráter de remuneração específica pelo serviço prestado pelo Estado, ou seja, não é vinculado a uma contraprestação direta e particularizada do ente público, pois como disciplina o artigo 16 do Código Tributário Nacional, o imposto “tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica”.

Ou seja, o fato de o contribuinte pagar determinado imposto, não obriga o Estado a lhe conceder uma contraprestação imediata e singular, pois o mesmo, paga-o imposto, simplesmente por encaixar-se em uma situação pré-definida por lei, com geradora de obrigação tributária.

Porém, voltando à observação do artigo 3º do CDC, podemos observar, que existe a possibilidade de o ente despersonalizado ou despersonificado, ser também caracterizado como fornecedor, *v.g.* a massa falida, a sociedade irregular, a sociedade de fato, ou até os agrupamentos, como no exemplo citado por Almeida (1993, p.33), ao mencionar a hipótese de uma família que, mesmo sem personalidade jurídica, pratica atividades típicas de fornecimento de produtos e serviços.

Tal possibilidade observada pelo CDC, como salienta Silva em seu trabalho de conclusão de curso, serve “para evitar que a falta de personalidade jurídica, seja um empecilho no momento de o Estado tutelar o consumidor, evitando que o mesmo suporte possíveis prejuízos” (SILVA, 2016, p.16).

Por fim, temos a pessoa física ou jurídica estrangeira, que por sua vez, também pode ser considerada fornecedora. Isto possibilita que o Estado proteja os interesses do consumidor que contrata com empresas internacionais, o que é muito comum, já que inúmeras organizações multinacionais comercializam produtos pela rede mundial de computadores, e assim transacionam com consumidores residentes no Brasil.

Diante de tudo isso, resta claro que o CDC busca de uma forma simples e objetiva, alcançar todo tipo de fornecedor, por mais ímpar que seja a relação de consumo que o mesmo tenha com um consumidor.

Para isso, o CDC abarca tanto os fornecedores mais comuns e detectáveis, quanto os que, de alguma forma, possam se valer de algum tipo de situação fática ou legal para furtar-se

às responsabilidades. E o maior exemplo disso, é a possibilidade de a pessoa jurídica despersonalizada ser considerada fornecedora como observamos á pouco.

1.3 O produto e o serviço

Tidos como elementos objetivos da relação de consumo, produto e serviço são delineados pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do CDC, dos quais, o primeiro preceitua que: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Observa-se, que ao indicar produto como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, o CDC empresta o termo “bem” do Direito Civil, porém, inova no conceito como observa Donato (1993, p.109), tratando o bem como produto.

O termo “bem” a que tratamos, é derivado do gênero coisa, e como sabiamente pontua Gonçalves (2017, p.19), coisa é tudo aquilo que existe de forma objetiva, a exceção do ser humano.

Cabe aqui fazer uma ressalva a respeito, pois existe outra espécie de bem, o bem jurídico, que é objeto do direito subjetivo, mas que não vem ao caso no presente trabalho, em razão de o CDC utilizar a presente terminologia “no sentido de ser uma coisa” como diz Tartuce (2014, p.94). Dessa forma, o bem que o CDC identifica como produto é uma vertente de coisa. Aliás, sobre o assunto, Gonçalves bem pontua, *in verbis*:

Bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico. Somente interessam ao direito, coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem, sobre as quais possa existir um vínculo jurídico, que é o domínio. (GONÇALVES, 2017, p.19).

Portanto, sendo coisa que exista objetivamente, que não o homem, e um bem suscetível de apropriação, o produto está intimamente ligado ao resultado final de alguma espécie de produção, ou seja, é determinada coisa produzida por um meio cabível, e auferível de valor econômico, e que possa ser de domínio de alguém.

Ademais, como vimos no dispositivo fixado a pouco, além de conceituar produto como sendo qualquer bem, o CDC diz que esse bem pode ser tanto móvel como imóvel.

Pelo primeiro, entende-se aquele que pode ser transportado por inteiro, ou seja, aquele que permite a alteração de sua posição sem que ocorra a desintegração de sua composição. O maior exemplo é o automóvel, que pode ser levado de um lugar a outro sem que se comprometa a sua integridade corpórea.

Já o segundo, tem definição contrária, ou seja, não é suscetível de transporte, não é passível de remoção sem que isso acarrete na sua destruição. Um exemplo comumente conhecido é a casa como conhecemos, que uma vez estando edificada, é insuscetível de deslocação em razão da necessidade de imobilidade para que sirva ao fim que lhe é atribuído.

Vimos também, que produto para o CDC, pode ser tanto material como imaterial.

O material é aquele que pode ser tocado pelo homem, ou seja, é passível de contato físico, v.g. os dois bens citados acima. Alguns autores como Donato (1993, p.113), preferem dizer que são os bens que possuem “existência material concreta”.

O imaterial por sua vez, se perfaz no bem insuscetível de contato físico. O autor supracitado, diz que é aquele bem intangível (DONATO, 1993, p.113). Seu maior exemplo é o produto intelectual, o qual faz sentido ao lembrarmos dos direitos autorais. Haja vista não ser possível apalpar uma música, que por sua vez, é produto do intelecto humano.

Quanto ao serviço, podemos observar a sua definição no mesmo dispositivo em que estudamos o seu fornecedor, o parágrafo 2º do artigo 3º do CDC, vejamos novamente:

Art. 3º, § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nota-se, que o legislador consumerista não conceituou objetivamente o serviço, apenas limitou-se a identificá-lo pelo liame remuneratório que o fornecedor de serviço possui com o consumidor.

Porém, devemos nos atentar ao fato de que a remuneração não necessariamente precisa se apresentar na forma direta e comum como conhecemos, qual seja, troca efetiva de uma quantia monetária, definida pelo preço cobrado pelo fornecedor, por um produto ou serviço oferecido por ele.

Diante disso, a remuneração pode se dar de forma indireta no caso da prestação de serviço. Um exemplo disso é o contrato de depósito, realizado tacitamente entre o Shopping Center e o cliente que o acessa para consumir.

Devemos destacar que na maioria dos casos, este cliente não pagará pelo serviço no guichê de entrada ou saída do estacionamento, contudo, efetuará a contraprestação pelo serviço, por intermédio dos produtos e serviços adquiridos no interior do estabelecimento, que por sua vez, carregam em seus preços o valor da prestação de serviço de estacionamento.

Neste diapasão, sob o ponto de vista de Nunes (2005, p.111), ao relacionar serviço à remuneração, o CDC não está ligando o mesmo, ao preço que é cobrado, mas a uma espécie de ressarcimento pelo serviço prestado. Aliás, o autor cita um exemplo, dizendo que o cliente

que acessa o estacionamento do Shopping, pode perfeitamente não consumir produtos lá comercializados, porém, mesmo assim, o contrato de depósito efetivado entre ele e o estabelecimento não será gratuito, haja vista, que os demais clientes pagarão por ele, ou seja, ainda haverá remuneração ao Shopping pela prestação de serviço de estacionamento.

Ademais, devemos observar que, definindo o serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração”, o CDC abrange toda e qualquer prestação de serviço realizada por um ente físico ou jurídico que preencha os requisitos abordados no sub-tópico anterior, e que, como salienta Filomeno (2008, p34), sirva de utilidade usufruída pelo consumidor.

A título de exemplo de prestação de serviço, temos: Transporte, que comporta Táxi, Uber, Ônibus, Metrô, Avião, entre outros; serviço de pintura, advocacia, odontologia, medicina, medicina veterinária, construção, manicure, jardinagem, telefonia etc.

Referente a este tema, devemos lembrar que uma divergência se instalou entre juristas do ramo, a respeito da caracterização do serviço bancário como objeto da relação de consumo, mesmo havendo disposição explícita neste sentido.

Porém, foi necessário que o STJ editasse a súmula 297, dispondo que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, pacificando assim, o assunto no sistema judiciário, para que os ânimos fossem apaziguados. Porém, sem acabar com a discussão doutrinária.

Sobre isso, Fabio Ulhôa Coelho *apud* Filomeno faz uma observação interessante, observemos:

o contrato bancário pode ou não se sujeitar ao Código de Defesa do Consumidor, dependendo da natureza do vínculo obrigacional subjacente. O mútuo, por exemplo, será mercantil se o mutuário for exercente de atividade econômica, e os recursos obtidos a partir dele forem empregados na empresa. E será mútuo ao consumidor se o mutuário utilizar-se dos recursos emprestados para finalidades particulares, como destinatário final. No desenvolvimento das operações atípicas, isto é, não relacionadas especificamente com o conceito de atividade bancária, como cobrança de títulos, recebimentos de tarifas e impostos, o banco age como prestador de serviços não somente para o cliente credor, mas direcionado também a todos que procuram a agência simplesmente para realizar o pagamento. Em relação às operações típicas, como a aceitação de dinheiro em depósito, concessão de empréstimo bancário, aplicação financeira e outras, o banco presta serviço a clientes seus, podendo classificá-los (de acordo com conceitos próprios da atividade bancária, como o da reciprocidade) para fins de liberar tratamento preferencial ou atendimento especial a certas categorias de consumidores. (FILOMENO, 2008, p.35).

Nota-se, que no entendimento do autor, a vulnerabilidade é o ponto de referência, ou seja, o “fiel da balança” para a caracterização ou não da relação de consumo, quando se tratar de atividade bancária.

Porém, Nunes (2005, p.109) não dá brecha para discussão, ao enfatizar que o legislador tomou a precaução de fixar expressamente no texto de lei, que a prestação de serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, são serviços para efeitos de relação de consumo. E diz mais, que para evitar dúvidas e discussões, o legislador utilizou o advérbio “inclusive”, como vimos no dispositivo conceitual, para ressaltar tal disposição.

Neste sentido, Néelson Nery Jr. *apud* Filomeno (2007, p.43/44), observa a existência de algumas características e circunstâncias da atividade bancária, que a colocam no anseio da relação de consumo, lembrando que se trata de atividade remunerada que é oferecida de modo amplo, geral e despersonalizada, e que seus tomadores são vulneráveis, além de que, há habitualidade e profissionalismo em seu fornecimento.

Diante disso, não há como falar em falta de preenchimento dos requisitos para a inclusão do agente bancário na relação de consumo.

Outro ponto a ser observado, diz respeito aos serviços públicos. Neste diapasão, como já mencionamos nos estudos sobre o fornecedor, o serviço é considerado elemento objetivo de relação de consumo, bem como, o produto. Assim sendo, é latente a existência dessa relação, quando há a prestação de serviços públicos impróprios ao indivíduo, que são aqueles custeados por taxas e tarifas, como também já abordamos.

Devemos observar também que, no já observado dispositivo que conceitua a prestação de serviços, o CDC exclui do rol da relação de consumo, aqueles oriundos de relação trabalhista.

Isso se dá, porque o legislador consumerista procurou não invadir a competência do direito do trabalho, que por sua vez, tem legislação e diretrizes próprias. Assim sendo, a prestação de serviços por uma pessoa física à outra pessoa física ou jurídica, mediante remuneração e subordinação hierárquica, constitui relação de trabalho, sendo, portanto, objeto de competência da justiça trabalhista conforme o artigo 114, I da CF.

Cabe pontuarmos, que há uma subdivisão quanto ao produto e serviço, no que diz respeito á durabilidade de ambos. Tal fragmentação conceitual, toca ao limite de existência ou de utilidade dos mesmos. Assim sendo, há o produto e serviço durável e o não durável, como disciplina o CDC no artigo 26, I e II, ao dispor sobre decadência e prescrição referente a saneamento de vício.

Segundo a doutrina, produto durável é aquele que não se extingue com a sua utilização. Ou seja, sua utilidade prevalece durante um tempo razoável. Neste ponto, como destaca Nunes (2005, p.107), é bom ter em mente que nenhum produto é eterno, pois se desgasta naturalmente.

Quanto ao serviço durável, o mesmo autor (NUNES, 2005, p.110) subdivide o conceito ao afirmar que existe o serviço que é durável por estipulação contratual, sendo aquele que dura enquanto é prestado, como por exemplo, o serviço escolar, o plano de saúde etc. Enquanto a outra subdivisão toca ao serviço que aparenta ser não-durável, mas que deixa um produto ao consumidor, como por exemplo, a pintura de uma casa, o serviço de conserto mecânico, o reparo em uma instalação hidráulica etc.

Já o produto não durável, ao contrário do que abordamos acima, tem sua extinção plena, ou ao menos a sua utilidade, de forma imediata, extinguindo-se no primeiro uso ou findando-se conforme sua utilização gradativa. Ou seja, com o uso, a sua composição ou utilidade diminui, até findar-se completamente, v.g. alimento, cosmético, remédio etc.

Por sua vez, o serviço não durável é aquele que dura apenas enquanto é prestado, por exemplo, lazer, hospedaria, turismo etc.

Por fim, devemos observar que o CDC não deixa de fora de sua cobertura o produto e serviço gratuito, a famosa “amostra grátis”.

Podemos observar no artigo 39, § único do diploma jurídico em tela, a responsabilização do fornecedor por produtos e serviços oferecidos sem a cobrança de contraprestação, vejamos:

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

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

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.

Desta forma, podemos observar com plena convicção, que o legislador, para amparar todos os tipos de relações de consumo, preocupou-se em abranger todos os tipos de consumidores, fornecedores e produtos e serviços. Abrangência necessária para que o CDC pudesse exercer de forma ampla e efetiva a sua função de servir ao interesse socioeconômico, regulando as relações jurídicas onde há de um lado o fornecedor e do outro, o consumidor.

2- A IMPORTÂNCIA DO CONSUMIDOR

O sistema de produção e consumo em massa, instituído no século XX, caracterizou-se por trazer ao mundo um capitalismo desenfreado, fazendo com que o liberalismo político implantado um século antes, evoluísse.

Tal movimento, é bom pontuar, nasceu como uma ideologia política, apregoando a liberdade a todos os indivíduos, frente ao Estado, permitindo que ambos pudessem viver como bem entendessem, atribuindo ao ente estatal, apenas a regulação mínima das relações privadas, com o intuito de manter a harmonia social.

Ocorreu que, com o surgimento do liberalismo político, não demorou muito para o nascimento e a fomentação de um movimento semelhante na esfera econômica, fazendo com que os indivíduos, pautados na vontade voluntária, se colocassem a negociar livremente sobre a propriedade, o que, até os dias atuais é a base do mercado de consumo.

Tal movimento era regulado por leis econômicas voltadas ao equilíbrio do mercado, possibilitando a livre concorrência e a não intervenção do Estado, como lembra Donato (1993, p. 15), salientando ainda, que com isso buscava-se a “harmonia entre os interesses individuais e os gerais da sociedade”.

Porém, com o crescimento desse movimento, o direito privado teve de se amoldar aos avanços sociais, políticos e econômicos, absorvendo e regulando os costumes que nasciam no meio socioeconômico, traduzindo tudo o que se realizava no ambiente factual em um direito obrigacional.

A maior característica desse direito, que por sinal ainda existe, só que de forma modulada, era a autonomia da vontade, que por meio do voluntarismo, inovou e passou “a reger a concepção de vínculo contratual” como observa ainda, a autora supracitada (DONATO, 1993, p. 16).

Diante desse cenário, iniciou-se uma transformação no mundo socioeconômico, e com ela, a concentração dos meios de produção, onde alguns produtores, a fim de limitar os efeitos da acirrada concorrência, passaram a costurar diversos acordos com outros. Nasceu o monopólio, o oligopólio entre outros.

Aparecendo neste período, o capitalismo, com toda a sua protuberância, dominou a sociedade, transformando a concorrência entre os proprietários dos meios de produção e fornecimento, em uma verdadeira corrida na busca por convencer o consumidor a adquirir o seu produto ou serviço em detrimento daquele oferecido pelo concorrente.

Tais disputas desenfreadas, fizeram com que o marketing se aprimorasse, tornando-se uma ferramenta de persuasão para, de forma apelativa, induzir o consumidor a optar pelo produto que era oferecido, reduzindo assim, sua liberdade de escolha.

Esse movimento, também fez com que o consumidor, ora parte mais importante no sistema socioeconômico, por ser a razão de toda a cadeia produtiva, fosse lançado ao segundo plano, já que a competição entre os produtores/fornecedores por sua preferência passou a ser mais importante que a sua satisfação integral na utilização do produto ou serviço.

Esse breve histórico, nos mostra que os esforços do produtor/fornecedor, encontravam-se, e assim prevalecem até os dias atuais, voltados para o duelo com a concorrência, tendo o consumidor apenas como um indivíduo despersonalizado que absorve tudo o quanto o mercado de consumo lhe impõe, ou seja, atribui-lhe o status de simples agente de deságue dos produtos e serviços, nada mais que isso.

Em sua dissertação de Mestrado, Batista bem sintetiza o menosprezo lançado ao consumidor, pelos agentes de produção e comercialização de bens e serviços, vejamos:

O consumidor é somente um número, um índice, um potencial, ou seja, é somente um objeto para a sociedade de consumo, onde os fornecedores lhe veem como meta a ser alcançada a qualquer custo no final de cada mês [...] (BATISTA, 2015, p.20)

Diante de tudo isso, observa-se que a busca pela dianteira na corrida, sem a ingerência estatal, fez com que os fornecedores se acostumassem a sobrepor seus interesses competitivos sobre os inerentes às necessidades do consumidor, sujeitando este, as condições do capitalismo onde, quem pode mais, impõe as regras do jogo àquele que não pode tanto assim. Desta forma, como é de se imaginar, é que nasceu a vulnerabilidade do consumidor.

Neste diapasão, observemos as lições de Alberto do Amaral Júnior *apud* Glória:

Diferentemente do que ocorria na economia clássica, não é mais o consumo que determina a produção, mas esta que determina o que será ou não produzido. Se é verdade que esta descrição não abrange a economia como um todo, havendo um setor constituído por pequenas e médias empresas onde predominam as regras do mercado competitivo, não se pode deixar de reconhecer que a verticalização das relações econômicas fez surgir um poderoso sistema de motivação e persuasão capaz de controlar os consumidores. Este sistema passou a ser tão importante quanto o próprio aparato de organização para a produção e distribuição de bens. Com isso, as necessidades dos consumidores não são exclusivamente o produto de suas exigências físicas ou biológicas, ou mesmo do ambiente em que vivem e atuam, mas são em grande parte forjadas pelas campanhas publicitárias. (GLÓRIA, 2003, p.104)

Esta passagem evidencia a vulnerabilidade do consumidor, que diante do mercado de produção e distribuição em massa, não tem para onde correr, já que suas necessidades básicas (alimentação, vestuário, transporte, saúde etc), não lhe permitem evitar essa ciranda comercial. Desta forma, encontra-se a mercê dos produtos que são disponibilizados pelos mecanismos do mercado de consumo, e nas condições e qualidade que lhe são impostas, como já observamos a pouco, e como também se nota nas palavras de Almeida, observemos:

Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado, e, nessas condições, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor. (ALMEIDA, 1993, p.15)

Diante disso, pode-se observar que, embora as necessidades básicas do consumidor sempre tenham existido, haja vista que serviram de razão para a criação dos negócios, a sua importância sofreu drásticas mudanças com o passar do tempo.

Destaca-se que no passado, mediante a oportunidade de sobrevivência e, sobretudo crescimento, os produtores e comerciantes visualizaram nas necessidades do consumidor, um nicho de mercado a ser explorado, e assim, passaram a fazê-lo, porém, com o egoísmo que lhe é inerente, o que acabou por sub julgar este, lançando-o à segunda categoria de importância nos negócios, embora seja ele ainda, a razão de todo o sistema comercial.

Neste ponto é deveras importante pontuarmos as diversas vulnerabilidades que acometem o consumidor.

Ao buscar-se o significado do termo “vulnerável”, tem-se a indicação de uma situação de exposição a algo prejudicial, como podemos retirar do Dicionário escolar da língua portuguesa da Academia Brasileira de Letras, vejamos: “**vulnerável** (Vul.ne.rá.vel) adj. Que pode ser vulnerado, suscetível de ser ofendido, magoado: um ponto vulnerável.” (ABL, 2008, p.1303)

Borba por sua vez, no Dicionário de usos do português do Brasil, indica o significado do termo de uma maneira magnificamente mais esclarecedora, observemos:

vulnerável Adj [**Qualificador**] [...] **2** diz-se do lado fraco de um assunto ou de uma questão, ou do ponto pelo qual alguém pode ser atacado ou ferido: aritmética era meu ponto vulnerável [...]. (BORBA, 2002, p.1642)

Desta forma, temos que a vulnerabilidade coloca o indivíduo em uma situação de inviabilidade defensiva. Neste diapasão, aquele que está com a situação sobre controle, que no caso da relação de consumo é o fornecedor, faz com que o ataque à parte mais fraca, o consumidor, se torne quase que automática se considerarmos tudo o que estudamos até aqui.

Diante disso, deve-se destacar a existência de quatro vertentes da vulnerabilidade, quais sejam, Técnica, Informacional, Jurídica e Socioeconômica ou Fática como alguns doutrinadores costumam identificar.

A primeira se perfaz na falta de conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que o consumidor adquire. Nunes (2005, p.116), inclusive, liga essa vulnerabilidade à propriedade dos meios de produção, que como sabemos, está nas mãos do fornecedor. Dito isso, ele salienta que tal situação, monopoliza o conhecimento sobre a produção e comercialização, sob o poder deste.

E diz mais, (NUNES, 2005, p.116) que além de concentrar tais conhecimentos, o fornecedor detém a decisão sobre o que produzir, como e quando o fazer, deixando o consumidor a mercê do que lhe é disponibilizado no mercado de consumo, e no nível de qualidade previamente definido pelo fornecedor.

Mediante a isso, pode-se imaginar que o produto ou serviço, vem ao mercado de consumo, como um objeto totalmente estranho ao consumidor, já que, por mais que consuma corriqueiramente certo produto, o consumidor não saberá identificar se o lote que está adquirindo, padece de vício ou defeito.

Intimamente ligado á vulnerabilidade técnica, temos a informacional. E esta talvez, seja a mais comum, e não se caracteriza apenas pela falta de informação, já que como é notório, vivemos em plena era da informação.

Tal vulnerabilidade pode perfeitamente se perfazer no excesso de informações manipuladas e muitas das vezes, deficitárias. Informações estas, direcionadas ao consumidor, sem as mínimas condições de informá-lo sobre as condições de compra, e ou, sem o menor compromisso de levar a ele, os parâmetros reais do produto.

Um bom exemplo disso é a qualidade das informações sobre as condições de uso de certo produto, quando o mesmo é veiculado na televisão. Comumente, estas informações são suprimidas na parte inferior da tela, não possibilitando ao telespectador e consumidor em potencial, a sua clara e real compreensão.

A única conclusão lógica que podemos retirar disso, é que a necessidade de mostrar e divulgar o produto, ocupando todo o tempo que foi adquirido pela empresa no meio de comunicação é tão grande, que as informações inerentes à utilização do mesmo, perdem importância.

A vulnerabilidade jurídica, por sua vez, é a situação de capacidade reduzida ou a incapacidade total do consumidor, em compreender as condições para a efetivação do negócio. Isso pode ocorrer, por exemplo, na análise de cláusulas contratuais.

Aliás, essa situação não se restringe apenas ao momento da compra, mas também no pós-compra, por exemplo, quando é necessário resolver alguma contingência posterior ao fechamento do negócio, estando o consumidor, inclusive, com a posse e utilização do produto.

Entretanto, devemos salientar que nem todo indivíduo conhece os termos do direito contratual, sendo assim, não tem a mínima chance de discutir em pé de igualdade com o fornecedor, que por sua vez, trata diariamente com contratos.

É oportuno salientar, que muitas empresas possuem departamentos jurídicos próprios, com advogados especializados, e por sinal, muito bem pagos, estando, porém, muito bem instrumentadas para o trato da relação de consumo.

Por fim, a quarta e última vulnerabilidade toca a respeito da inferioridade socioeconômica do consumidor perante o fornecedor, isto é, salvo alguns pouquíssimos casos, onde, por exemplo, um pequeno empreendimento vende seu produto a um indivíduo mais abastado economicamente falando.

Neste diapasão, Benjamin *apud* Batista (2015, p.65) bem delinea a respeito, observando que tal vulnerabilidade “é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo”.

Considerando tudo isso, o legislador brasileiro optou por adotar a presunção de vulnerabilidade, já que o consumidor por si só, é um agente vulnerável na relação de consumo, pois como observa Miragem (2016, p.128), na maioria esmagadora dos casos, este, não possui controle sobre a relação de consumo, estando á mercê da vontade do fornecedor.

Diante disso, nunca se deve confundir vulnerabilidade com hipossuficiência, já que esta difere daquela, por se tratar de fraqueza processual, ou seja, menores possibilidades que uma das partes possui, para produzir provas no processo judicial.

Além do mais, a hipossuficiência é preconizada no CDC, mais precisamente no artigo 6º, VIII, para disciplinar a inversão do ônus da prova a favor do consumidor.

Assim, deve-se sempre ter em mente, que a vulnerabilidade é um requisito objetivo para a proteção estatal ao consumidor, e que basta ser um deste para portá-la; na mesma medida em que a hipossuficiência é uma carência processual tão somente.

2.1 Os movimentos em prol do consumidor

Como se sabe, o homem procura viver em sociedade como forma de fugir da solidão e suprir suas necessidades, haja vista, que não foi criado para viver sozinho, isto é, salvo algumas exceções, como há casos de cidadãos que optam por viver isolados na natureza.

Neste diapasão, vivendo em meio à coletividade, o ser-humano sempre precisou angariar meios de viver com o máximo de conforto possível, isto é, dentro das suas possibilidades.

Fato este, que na antiguidade, até onde a história alcança (meados dos séculos XII – XVI), fez com que o homem atendesse as suas necessidades básicas como, alimentação, vestimenta e moradia, retirando da natureza tudo o quanto lhe servisse. Plantava e colhia para comer, usava a madeira para edificar sua habitação, o algodão para produzir sua vestimenta, criava diversos tipos de ferramentas que possibilitavam um trato mais facilitado com a natureza, entre outros.

Cada chefe de família produzia os mantimentos e as utilidades necessárias ao sustento e conforto dos seus, e muitas vezes essa tarefa lhe tomava todo o tempo, ou faltavam-lhe habilidades para a confecção de determinado objeto, ou ainda, a terra em que habitava era própria para um determinado plantio e não tão bom para outro, entre outros percalços.

Diante disso, cada indivíduo passou a olhar para as produções alheias e enxergar que os chefes de família que habitavam próximo a ti, detinham em excesso o que a sua família necessitava e, ao mesmo tempo, precisavam de algo que suas terras e habilidades lhe tinham possibilitado a produção, além do necessário ao seu sustento. Desta forma, por meio da troca, conhecida como escambo, nasceu o ato de comércio, como bem ilustra Meirelles, vejamos:

Quando no começo dos tempos, na mais remota antigüidade, o homem primitivo percebeu que outro seu semelhante poderia necessitar de um produto que a êle sobrava, estabeleceu-se o primeiro ato de comércio. Quando se descobriu que uma necessidade podia ser satisfeita, ou quando se encontrou mercado para um produto; quando o homem primitivo compreendeu que podia fazer uma troca com vantagem, nasceu então o espírito comercial. (MEIRELLES, 1983, p.29, grafia do autor)

Assim sendo, pode-se verificar que o indivíduo, carecido de algo que outrem possuía habilidades, tempo ou mais facilidade em obter, e este, percebendo que aquele possuía em excesso algo que lhe faltava, logo colocavam-se a combinar uma troca da parte excessiva dos frutos de seus trabalhos, e, restando consumado o negócio, seguiam satisfeitos com suas necessidades atendidas.

Porém, com o decurso temporal, as relações se complexaram. A demanda por produtos excedentes aumentou vertiginosamente, impossibilitando muitas vezes, que a necessidade de um indivíduo não pudesse mais ser suprida pelo excesso de produção do outro, quando não, tornou se impossível o transporte de grande volume de mercadorias, além

de que, para que os atos de comércio se realizassem era preciso uma dose de coincidência como exemplifica Hugon, *in verbis*:

Suponhamos um indivíduo que possui um boi e que deseja trocá-lo por um cavalo. A operação só é possível se A, proprietário do boi, encontrar B que, ao mesmo tempo possui um cavalo desejado por A e aceitar trocá-lo justamente pelo boi de A. Pode se imaginar as dificuldades práticas resultantes da necessidade dessa dupla e exata coincidência. (HUGON, 1967, p.17)

Além disso, o mesmo autor (HUGON, 1967, p.17) salienta que era preciso que os dois agentes concordassem que os animais envolvidos possuíssem o mesmo valor, referindo-se ao exemplo supracitado. Isso denota a enorme complexidade que tomou conta da realização das trocas.

Diante disso, o homem se viu pressionado a criar algum tipo de padrão monetário que facilitasse os atos de comércio, iniciando-se então, o uso da moeda.

A palavra moeda, segundo Meirelles (1983, p.100) vem do nome da deusa Juno Moneta, onde em seu templo, fabricavam-se as moedas romanas. Por sua vez, o termo dinheiro deriva da expressão *denarius*, como era o nome de uma das moedas romanas, sendo sinônima da palavra moeda.

Vale lembrar, que a mercadoria-moeda foi a primeira espécie de padrão monetário, e dependendo da cultura regional, se perfazia em um boi, em uma medida de açúcar, em uma quantidade de sal, em tabaco etc.

Posteriormente à mercadoria-moeda veio a moeda de metal, feita geralmente com o ouro e a prata. Ela representava uma quantidade de riqueza, o que lhe atribuía um determinado valor em abstrato, possibilitando que o seu possuidor pudesse trocá-la pelo artefato desejado. Porém, para ter seu valor aferido, essas moedas eram pesadas no momento do negócio entre comprador e vendedor, já que a sua matéria era a riqueza de seu possuidor.

Porém, como o metal em grande quantidade pode ser demasiadamente pesado, o que dificulta o transporte, criou-se o papel moeda, ou seja, a moeda como conhecemos.

Segundo Trigueiros (1987, p. 22), o papel moeda é emitido pelo Estado, que o garante com seu patrimônio, ou seja, com o tesouro nacional. Consequentemente, tem curso legal e forçado, isto é, tem capacidade de extinguir dívidas e não pode ser rejeitada pelo alienante.

Voltando ao cerne da questão, os mercados de trocas, que a princípio eram estritamente regionais, evoluíram, passando a ser o centro das atenções no mundo inteiro, haja vista, que até hoje tudo gira em torno da troca de produtos e serviços por dinheiro.

Soma-se a tudo isso, um agravante diferenciador daquela época. O comércio, em quase que toda a sua totalidade, se movimenta em razão do dinheiro, do capital, não se limitando mais às relações entre os indivíduos, mas entre eles e as organizações, e até entre as nações. Ademais, a maioria esmagadora dos negócios no mundo atual, gira em torno do micro e macro negócio comercial, da mais alta demanda e, por consequência, do poder econômico cada vez mais avantajado, exigindo negociações altamente complexas.

Se antigamente as trocas eram realizadas em grandes e bagunçadas feiras, como as que vemos nos dias atuais, só que de forma reduzida e com base na troca por pecúnia, salvo alguns casos onde ainda é possível trocar produtos; a grande parcela de negócios comerciais se dá em estabelecimentos evoluídos e totalmente integrados com a realidade sociocultural. E mais, inúmeros negócios atualmente, não dependem mais de negociações ao vivo e a cores, pois podem ser fechados à distância, seja por telefone, internet, ou outro meio disponível, graças à tecnologia.

Porém, o que nos trás a essa perspectiva histórica, é a necessidade de lembrarmos que as relações comerciais, embora antigas e evoluídas, são uma espécie de ferramenta que o integrante da sociedade utiliza para sentir-se bem e feliz, o que vai além de simplesmente prover as suas necessidades. Isso é um prato cheio para o possuidor de um meio de produção e distribuição, pois tem a permanente chance de fazer crescer o seu negócio, explorando as necessidades contingenciais do consumidor, da mesma forma como ocorria antigamente.

Neste diapasão, o olhar crítico e filosófico de Baudrillard (2003, p.71), em uma de suas sábias observações, nos faz refletir no sentido de que o sistema do mercado de consumo na sociedade em que vivemos, consiste pura e simplesmente na necessidade de fazer com que a roda da produção e circulação de riquezas gire. Indo, portanto, muito além do necessário para viver, onde os fornecedores impulsionam o consumo desenfreado, compulsivo e inconsciente.

Além disso, nota-se em suas palavras, que há uma artimanha na sociedade consumerista, no sentido de que, para manter a demanda e consequentemente a roda do consumo girando, são criados produtos fadados a pouca duração, *in verbis*: “A sociedade de consumo precisa dos seus objetos para existir e sente sobretudo necessidade de os destruir”. (BAUDRILLARD, 2003, p.43)

É nítida nesta passagem, a observação do autor, de que nos tempos atuais, a cultura do consumo faz com que o ser humano viva para os objetos, subsista em razão deles e não o contrário.

Força-se o subconsciente do homem médio a trabalhar para consumir, visando antes de tudo ostentar e não apenas atender suas necessidades. E que, com a durabilidade dos produtos “maleficamente” induzida a manter-se por pouco tempo, tem-se a continuidade do consumismo.

Noutra sábia reflexão, o mesmo autor sintetiza este último aspecto de forma ainda mais clara dizendo: “O que hoje se produz não se fabrica em função do respectivo valor de uso ou da possível duração, mas antes *em função da sua morte* [...]”. (BAUDRILLARD, 2003, p. 42, grifo do autor)

No mesmo sentido, Hunt *apud* Diniz, Carlos Augusto (2012, p.14) observa, ao tratar sobre as relações sociais de produção, uma das duas espécies de linha de orientação que ele ensina, sendo a outra, as forças produtivas; que o sucesso de um modo de produção, encontra-se intimamente relacionado ao fato de o homem produzir além do necessário. Ou seja, o indivíduo produz o necessário para suprir as necessidades básicas e mais um pouco, o que ele chama de “plus”.

Outro ponto de destaque entre os estudiosos do consumerismo é a criação sempre constante de novas demandas. Como já observamos, o indivíduo da sociedade de consumo, vive para o consumo, para ostentar, mostrar que está sempre atualizado com o que há de mais novo no ambiente em que frequenta. E os meios de produção em massa, se utilizam fartamente deste fator para continuar a escravizá-lo por meio da propaganda. Este aspecto, inclusive, é pontuado por Marins, vejamos:

Este fator de demanda, quando não gerado espontaneamente, pode ser fruto da publicidade destinada a criar desejos artificiais, levando o consumidor a render-se aos apelos que o encaminham a arcar com um consumo desnecessário, isto é, com patológica inversão de prioridades, sob o estrito foco de sua realidade econômica e social. (MARINS, 1993, p.22)

No mesmo sentido observa Bittar:

Comandada por maciça e atraente publicidade, em especial através da mídia eletrônica, a comunicação dessas empresas e de seus produtos, ou de seus serviços, cria, frequentemente, novos hábitos, despertando ou mantendo o interesse da coletividade, que assimila e adere às mensagens, inserindo-se ou conservando-se no elenco de seus clientes; com isso, sucessivos impulsos de compra são gerados, em todas as partes, aumentando o contingente consumidor da população terrestre [...]. (BITTAR, 1991, p.1/2)

Nesta mesma seara, Batista (2015, p.14) sabiamente observa que a sociedade do consumo, pulverizada pela mídia massificada, coloca acima de todas as prioridades do indivíduo, o sentimento de que precisa estar na moda para fazer parte da sociedade. Ou seja, a

necessidade do consumidor em estar sempre bem alinhado com o que há de mais novo e atualizado, se torna mais importante que suas reais carências, levando-o ao consumo desenfreado e inconsciente.

Destarte, a necessidade de impulsionar a roda do consumo, por parte do sistema de produção e fornecimento em massa, que cria demandas e impõe aos indivíduos o “dever” de consumir para sentir-se incluso no meio social, cumulado com a necessidade de ostentar, de puramente consumir por si só, por parte dos integrantes da sociedade do consumo, faz com que as relações consumeristas se tornem cada vez mais superficiais.

Para adquirir um produto, o consumidor não necessita mais ter contato com quem o produziu. Basta que acesse a loja, seja atendido por alguém que ele nunca viu antes por sinal, e compre o que deseja. Pois, para vender a ele, o vendedor muitas das vezes nem precisará saber o seu nome e se realmente precisa de tal produto. Ademais, é bom lembrar, que a relação se torna ainda mais superficial, quando é realizada á distância, v.g. em lojas virtuais como se tornou costumeiro.

Soma se a isso, o fato de que a necessidade do consumidor em manter-se inserido no meio social, aliada a auto obrigação das instituições fornecedoras pela dianteira na corrida por sua preferência, faz aumentar a criação e implantação de facilidades para a efetivação do negócio. Assim, mediante os avanços da tecnologia, são oferecidos meios mais simples e rápidos para a realização das transações comerciais, v.g. a compra à distância, seja por internet, telefone etc.

Baudrillard bem sintetiza o sentimento criado no consumidor, de que, para comprar, ele não precisa dispor de muito esforço, basta querer, pois os meios mais simples para a compra são postos ao seu alcance, vejamos:

Claro está, o centro instaurou, para quem assim o desejar, o modo mais moderno de pagamento: <<o cartão de crédito>>. Liberta dos cheques, do dinheiro líquido...e até dos fins dos meses difíceis...Doravante, para pagar, basta mostrar o cartão e assinar a factura. É tudo. Todos os meses receberá uma lista das contas que pode pagar de uma só vez ou por prestações mensais. (BAUDRILLARD, 2003, p. 20, grafia do autor)

Mediante tais aspectos, fica fácil observar que, se por um lado, as transações cotidianas e rotineiras se realizam de forma simples e facilitadas, por outro, impossibilitam a demonstração das reais necessidades e intensões subjetivas dos contratantes, sobretudo do consumidor. E isso, se nota no cerne do objeto deste trabalho, o contrato de adesão, que, como abordaremos oportunamente, faz com que a negociação se restrinja pura e simplesmente ao

oferecimento do produto ou serviço, com as condições para o fechamento do negócio preestabelecidas pelo fornecedor, e a simples aceitação ou recusa do consumidor.

Porém, por mais que o mundo tenha evoluído, e as relações de consumo tenham se perdido em um mar de insensibilidade, é deveras importante lembrarmos que o consumidor sempre foi, é, e sempre será a parte mais importante no sistema socioeconômico. O que acontece, é que ele próprio não se dá conta disso, e as palavras de Diniz, Carlos Augusto, bem esclarecem neste sentido, vejamos:

Este modo de produção capitalista é norteado por algumas características que colocam o consumidor em um processo de destaque, bem verdade que o próprio consumidor ainda não se deu conta de sua força e importância dentro deste processo, ou modo de produção. (DINIZ, 2012, p.13)

Voltando ao passado novamente, devemos lembrar que o direito sempre correu atrás dos acontecimentos. Sempre foi necessária uma habitualidade nas ações e tendências culturais para que o direito se colocasse a regulá-las.

Desde os primórdios, a criação e a reiteração das práticas consumeristas, chamaram a atenção do Estado para regulamentá-las, visando coibir práticas imorais, transformando-as em ilegais.

Com a globalização e a vulgarização da cultura do consumo, o direito precisou regulamentar as relações civis e comerciais, isto é, cada uma á seu tempo, para que o lesado em relações jurídicas nessas duas esferas pudesse valer-se da tutela estatal. Nasceram então, os movimentos consumeristas.

Quando se fala em defesa do consumidor, logo nos remetemos ao discurso do então presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, ao Congresso daquele país em 15 de Março de 1962, transformando-se no marco histórico da proteção aos direitos do consumidor. Porém, a preocupação com este tema é antiga, mesmo que na maioria das vezes, a defesa dos direitos do consumidor tenha ocorrido de forma indireta.

Segundo registros históricos, por volta de 2.300 a.c., o código de Hamurabi já se colocava a regular as relações de consumo, prevendo sanções ao fornecedor que porventura fornecesse produtos ou serviços viciados ou até defeituosos, que viessem a causar prejuízos ao consumidor.

Um dos exemplos mais citados em relação ás disposições postas nele é o do construtor de embarcações, que era obrigado a refazer sob as próprias custas, aquela que apresentasse algum tipo de defeito.

Outra disposição, esta mais acintosa, previa que o construtor que edificasse uma casa com alguma debilidade estrutural, deveria realizar os reparos sob as próprias custas como no exemplo anterior. Porém, se por tais defeitos ela viesse a ruir sobre o comprador, causando seu óbito, àquele deveria pagar com a própria vida. E, se a mesma ruísse e matasse não o comprador, mas seu filho, o filho do construtor deveria morrer também. E, da mesma forma ocorreria com os respectivos parentes deste, se o desabamento matasse outro parente do comprador.

Muito por isso, o Código de Hamurabi sempre foi comumente conhecido como a “lei do Talião”, que trazida do latim “lex talionis”, exprime a ideia do “olho por olho, dente por dente”.

O Código de Manu, vigente na Índia no século XIII a.c., previa pena de multa cumulada com outro tipo de sanção, além de ressarcimento dos danos causados, aos fornecedores que porventura adulterassem gêneros, entregassem coisa de espécie inferior à acordada ou vendessem mercadorias iguais por valores diferentes, como pontua Filomeno (2005, p.2).

O mesmo autor observa (FILOMENO, 2005, p.3) que no período colonial de nosso país, havia a estipulação de sanções aos infratores das normas de proteção ao consumidor, asseverando que uma delas determinava aos vendeiros, que fixassem os escritos da “almoçataria” na porta, para que todos os lessem sob pena de multa de seis mil réis.

Portanto, deve-se sempre ter em mente, que o consumidor, na maioria das culturas, teve ao seu lado algum tipo de tutela estatal, mesmo que a finalidade do Estado fosse voltada primeiramente a manter a ordem e o equilíbrio social.

O Movimento Consumerista, também chamado de Movimento do Consumidor, apesar de ser visto como marco histórico, como já observamos, foi apenas um dos movimentos dos últimos séculos, a reconhecer a necessidade de proteção do consumidor em termos informativos, materiais, legislativos e educacionais.

A preocupação internacional a respeito da desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor fez com que os países, sobretudo da Europa, além dos Estados Unidos, se colocassem a regular o mercado de consumo.

Neste último, surgiu em 1891 a New York Consumers League, uma organização originada no movimento de uma pequena associação de advogados, visando proporcionar melhores condições de trabalho aos empregados do comércio, afim de que prestassem um serviço mais atencioso e satisfatório aos fregueses. Isso incluía o modo de se vestir mais

alinhadamente, de cuidar da higiene pessoal, de se portar de forma mais respeitosa, além de possuir maiores e melhores informações sobre os produtos e serviços comercializados.

Como consequência disso, uma espécie de discriminação aos comerciantes que não atendiam as diretrizes defendidas, foi implantada no mercado local, ou seja, sobre aqueles que não forneciam melhores e alinhados uniformes aos funcionários; que não se preocupavam em manter os mesmos, sadios e bem informados sobre seus produtos e serviços; que não exigissem um atendimento exemplar e satisfatório aos fregueses etc. Pois na visão de seus precursores, a melhoria na forma de tratar e preparar os trabalhadores refletia de maneira direta e positiva na relação com os consumidores, como lembra Gama (2006, p.2).

O autor lembra ainda (GAMA, 2006, p.3), que existia na época uma espécie de mentalidade onde, ao procurar os produtos e serviços de determinado comerciante, o consumidor lhe atribuía prestígio social, ou seja, lhe presenteava com valiosa credibilidade no mercado. E assim, manteve-se a consciência de que o crescimento dos negócios dos comerciantes era fruto da credibilidade outorgada pelo consumidor. O que fez com que os mesmos, passassem a buscar a obtenção da simpatia dos fregueses, com o intuito de fidelizá-los, garantindo a sua posição no mercado, além do crescimento do seu negócio.

E mais, ainda segundo o autor (GAMA, 2006, p.3), o consumidor logo se atentou que, ao dar preferência a certo fornecedor, o incentivava a continuar agindo de forma correta e coerente para com seus funcionários, clientes e até concorrentes. Contribuindo assim, para o crescimento da região em que habitava. Por outro lado, se este agisse de má-fé em seus negócios, o consumidor sabia que, ao conceder-lhe prestígio, estaria contribuindo para o enriquecimento de alguém cuja atuação não condizia com os bons costumes, sendo, portanto, prejudicial à comunidade.

Da New York Consumers League, surgiu em 1899, a National Consumers League. Nessa época, já era possível identificar algumas associações de consumidores voltando suas forças no combate aos problemas sociais, indicando que o mau empresário deveria ser rejeitado e preterido por aquele que atendia as diretrizes defendidas pelos movimentos da causa.

Paralelo a isso, surgiram os movimentos sindicais, desenvolvendo companhias voltadas à regulamentação da jornada de trabalho, melhores condições de segurança, de higiene, melhores remunerações, e, além de tudo, respeito ao trabalhador, vendo-o como o ser humano que é.

Cabe destacar, que o comerciante que não respeitasse as reivindicações desse tipo de movimento, era abominado pelos mesmos, perdendo toda a credibilidade que tinha

conquistado ao longo do tempo. Já que os movimentos consumeristas, somados aos sindicais, lhe retiravam toda confiança e prestígio necessários á sobrevivência dos negócios.

Aliado a isso, começaram a surgir algumas legislações esparsas regulando as relações comerciais, que por sua vez, indiretamente protegiam os interesses do consumidor.

Na França, em Agosto de 1905, foi promulgada a lei sobre fraudes e falsificações de mercadorias, sobretudo as referentes à alimentação. E, mesmo sendo destinada a regular as relações comerciais entre produtores e fornecedores finais, tal norma, conseqüentemente protegia o consumidor.

Em meados da década de 1920, antes da quebra da bolsa de Nova York, chamada de “Grande Depressão”, alguns grupos defensores do consumidor nos EUA, na Inglaterra, na Itália e na França, passaram a se preocupar com a qualidade dos produtos colocados no mercado de consumo. Voltaram-se então, a conscientizar o consumidor sobre a necessária valorização do seu dinheiro, que deveria ser empregado em produtos da melhor qualidade possível, como lembra Gama (2006, p.5).

Isso se dava através de publicações destinadas ao teste de produtos, na busca por detectar a capacidade de satisfazer o consumidor que os adquirisse, para que o mesmo ficasse ciente das qualidades, riscos e malefícios, além do real valor dos produtos e serviços que eram colocados ao seu dispor no mercado de consumo.

Alguns anos mais tarde, o Canadá teve os primeiros movimentos voltados a defesa do consumidor. Na Dinamarca por sua vez, criou-se o Conselho do Consumidor.

No final dos anos 50 e início dos anos 60, organizações voltadas aos cuidados do tema, foram instituídas na Austrália, ocorrendo o mesmo no Japão.

Novamente na França, podemos observar a criação da lei de orientação do comércio e do artesanato conhecida como lei Royner. Promulgada em dezembro de 1973, esta norma buscava proteger o pequeno comerciante ante aos grandes conglomerados e, também o consumidor. Sendo, portanto, o primeiro ordenamento francês a proteger expressamente este último. Tal lei, inclusive, possibilitava o exercício da ação civil pelas associações de consumidores.

Na França ainda, em Janeiro de 1978, foram publicadas duas leis conhecidas como Lei Scrivener (nome da secretária de Estado do consumo). Uma versava sobre crédito ao consumo e a outra, sobre controle das cláusulas abusivas e alguns outros fatores.

Porém, o país considerado como pioneiro na questão da regulação às cláusulas abusivas é a Alemanha, que um pouco antes que a França, em 1976, promulgou uma lei a respeito (lei sobre a regulamentação das condições gerais de contratação). Aliás, o país

alemão se destacou em desenvolver uma disciplina jurídica voltada a regulação da concorrência, que consequentemente protegia os interesses do consumidor.

Neste diapasão, Gama (2006, p.2) assinala que o Movimento Consumerista, como é conhecido o movimento surgido nos EUA, apesar de os demais também terem o mesmo intuito como já observamos, originou-se através das lutas dos grupos sociais ante as discriminações referentes a raça, sexo, idade e profissão, na transição dos séculos XIX e XX.

Este movimento ganhou impulso após o advogado Ralph Nader, ocupante do cargo de assessor do Departamento de Trabalho norte-americano para assuntos de segurança nas rodovias, criar um relatório especificando que a maioria dos acidentes automotores era fruto da inexistência de segurança dos veículos colocados no mercado de consumo, pelos fabricantes. Com isso, diversas ações judiciais visando indenizações, foram ajuizadas no país.

E como já fora observado, apesar de ser apenas um dos movimentos em prol do consumidor, o conhecido “movimento consumerista” se perpetuou como o mais importante, por conta do ato histórico do presidente americano John Kennedy, que se fez no envio de uma mensagem ao congresso americano no dia 12 de Março de 1962, com os fundamentos que podemos observar na obra de Rosa, *in verbis*:

Os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso; promovidos e apresentados de maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições de bens e serviços e ainda o direito a preços justos. (ROSA, 1995, p.19, grifo do autor)

Com tal iniciativa, o então presidente americano dava início a uma nova era, a era da positivação expressa dos direitos básicos do consumidor, ou seja, dos direitos mínimos que lhe devem ser garantidos, por meio dos princípios que lhe são inerentes.

A partir de tal evento, diversas leis foram criadas tendo como objeto principal a proteção do consumidor norte-americano, servindo de exemplo aos demais países do mundo.

Logo, as demais potências mundiais perceberam a necessidade de estimular a proteção do consumidor a nível internacional, dando origem a Conferência Mundial do Consumidor em Estocolmo (Suécia) no ano de 1972.

No ano posterior, a Comissão dos direitos do Homem nas Nações Unidas, fixou que o consumidor deveria ter seus direitos básicos preservados, isto é, naquelas quatro vertentes preceituadas por Kennedy onze anos antes.

No mesmo ano surgiu a Carta Europeia de Proteção ao Consumidor, por meio da resolução 543, aprovada pela Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia.

Não demorou muito para diversos outros países legislarem a respeito do tema, pois já em 1984 a Espanha criou poderes públicos para a defesa dos direitos do consumidor, por meio do artigo 51 da Constituição Espanhola de 1978.

A ONU por sua vez, editou a resolução 39/248 no ano de 1985, fixando objetivos para a proteção do consumidor, dos quais, Miragem salienta alguns, vejamos:

a) a proteção dos consumidores frente aos riscos para a sua saúde e segurança; b) a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual; d) a educação do consumidor; incluída a educação sobre a repercussão ambiental, social e econômica que tem as eleições do consumidor; e) a possibilidade de compensação efetiva ao consumidor; f) a liberdade de constituir grupos e outras organizações pertinentes de consumidores e a oportunidade para essas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de decisões que as afetem; g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo. (MIRAGEM, 2016, p.47)

Destarte salientar, que tal resolução, além de traçar tais objetivos, estabeleceu a necessidade de proteção ao consumidor frente ao desequilíbrio da relação consumerista.

No Brasil, os primeiros passos dados na busca pela proteção do consumidor, se deram em meados dos anos 70.

O deputado Nina Ribeiro, como lembra Almeida (1993, p.8), alertou para a necessidade de uma atuação mais enérgica do Estado sobre o assunto. Ressaltando a gravidade do problema que se apresentava às relações de consumo, que ocorriam ao bel prazer do consumidor e do fornecedor.

O primeiro órgão de defesa do consumidor no Brasil surgiu em São Paulo no ano de 1978. Trata-se do PROCON (Programa de proteção e defesa do consumidor), criado pela lei nº 1903. Já a nível federal, surgiu em 1985 o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, por meio do decreto nº 91.469.

Em meados da década seguinte, outras associações foram criadas em São Paulo e Rio de Janeiro. Inclusive, uma dessas Associações, o IDEC- Instituto de defesa do consumidor S.A., atua até hoje em nome do consumidor junto aos órgãos e entidades competentes, além de editar a Revista Consumidor S.A.

Como observa Gama (2006, p.6), no Rio de Janeiro, a Associação dos pais e alunos das Escolas Particulares e Públicas do Estado, engajou-se na defesa dos consumidores dos

serviços referentes ao ensino. Por sua vez, a Associação dos participantes dos Planos de saúde e Previdenciários, de caráter nacional, passou a defender os interesses dos aderentes aos planos de Medicina de grupo e de Previdência privada.

Além disso, reitera o autor citado (GAMA, 2006, p.6/7), que a União Nacional dos Consorciados incumbiu-se da defesa das vítimas das atuações das administradoras de consórcios para aquisições de bens duráveis, e a associação das vítimas dos Erros Médicos assumiu a defesa dos indivíduos prejudicados por imperícias ou omissões médicas.

Nos anos 80, oito congressos nacionais voltados á defesa do consumidor foram realizados pelas entidades públicas e privadas mais engajadas na causa, dentre elas o Procon de São Paulo, a Câmara de vereadores do Rio de Janeiro através de sua comissão municipal de Defesa do Consumidor, e a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul por meio de sua Comissão de Defesa do Consumidor.

Porém, no Brasil, a exemplo de outros países, a defesa do consumidor se deu de maneira indireta, antes da década de 70.

Neste diapasão, Almeida (1993, p.8) lembra que a primeira manifestação neste sentido, se deu através do decreto nº 22.626 de 1933, com o intuito de inibir a usura, que em outras palavras, quer dizer a cobrança exacerbada de juros.

Posteriormente, houve a promulgação da Constituição de 1934, trazendo consigo os primeiros dispositivos constitucionais de proteção à economia popular, que indiretamente protegiam o consumidor.

Já em 1938, a edição do decreto-lei nº 869 visou também, regular a questão dos crimes contra a economia popular. Além de que, da mesma forma, sobreveio em 1946, outro decreto a dispor sobre o mesmo tema, o de nº 9.840. E por fim, em 1951 foi promulgada a lei de Economia Popular, tratando do assunto que seu nome sugere, e que inclusive, ainda vige.

Por sua vez, a lei nº 4.137, conhecida como Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico, surgiu em 1962. Cabe salientar, que esta lei criou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Porém, um dos maiores passos dados na direção da efetiva proteção ao consumidor, mesmo que de forma indireta, foi dado na edição da lei nº 7.244 em 1984, que por sua vez, autorizava os Estados a criarem Juizados de Pequenas Causas, possibilitando um acesso mais facilitado dos prejudicados em causas menos complexas, à busca da tutela estatal.

Outro passo importantíssimo foi dado na criação da lei nº 7.347 em 1985, disciplinando a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor e a

outros bens que ampara. Segundo Almeida (1993, p.9), esta lei possibilitou o início da tutela jurisdicional dos direitos difusos no Brasil.

Nota-se com tudo isso, que embora a preocupação em proteger o consumidor, mesmo que de forma tímida, venha desde os tempos mais antigos, como observamos em alguns exemplos, o êxito em fazer com que tal proteção se tornasse uma realidade social só ocorreu no final do século XIX e início do século seguinte. Sobretudo, nos países mais desenvolvidos, como observamos ao longo deste estudo, chegando um pouco tardiamente aos demais, a exemplo do nosso.

Além do mais, nota-se que as preocupações voltadas a atribuir ao Estado a ingerência no mercado de consumo, surgiram juntamente com outros diversos movimentos sociais, sobretudo os sindicalistas, e que essa força concentrada, não propôs outra saída, a não ser a regulamentação expressa dos direitos do consumidor.

2.2 O Código de Defesa do Consumidor

Como já observado, o Brasil voltou-se para os direitos do consumidor um pouco tardiamente se considerarmos os países desenvolvidos.

Muito por isso, nossa legislação pertinente é relativamente nova. O Código de Defesa do Consumidor, embora sirva de exemplo para muitos países, só foi promulgado em 1990, pela lei nº 8.078.

Porém, não diferentemente dos demais países, esta lei é fruto de inúmeras pressões sociais, que durante anos fizeram pressão para que os legisladores se colocassem a legislar no sentido de regular as relações de consumo.

Um exemplo disso foi a determinação trazida no plano Cruzado, onde o Governo Federal estimulou a “necessidade da organização dos grupos sociais, com vistas às medidas de congelamento de preços e dos controles dos abusos nas relações de consumo” como lembra Gama (2006, p.7). Com isso, as entidades pró-consumidor, os movimentos sociais voltados à causa e os órgãos públicos e privados, passaram a ter maior representatividade e poder na batalha contra o mau fornecedor.

Não bastasse isso, a evidência que tais organizações passaram a possuir, fez com que a mobilização social aumentasse, tornando latente a necessidade de uma legislação própria para as relações de consumo.

Com a iminência da Constituição Federal de 1988, que tinha seus termos continuamente discutidos, a pressão para que fossem declarados os direitos do consumidor e,

que fosse expressamente atribuído ao Estado a intervenção na relação de consumo, para igualar as condições entre fornecedor e consumidor, tornou-se irreversível.

Muito por isso, a atual carta magna deu o chute inicial neste sentido, atribuindo ao Estado, à defesa e proteção do consumidor como podemos observar no inciso XXXII do artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Nota-se, que o dispositivo atribui ao Estado a ingerência na relação de consumo, sobretudo na relação privada, dando a este, poder para intervir em prol do consumidor, ora parte mais frágil da relação.

Porém, cabe destacar que o Código Civil de 1916 era o diploma vigente na época, e que por falta de uma legislação específica para a relação de consumo, disciplinava os interesses das partes que a compunham. Desta forma, tal relação era tratada como um simples vínculo jurídico de compra e venda qualquer, ou seja, uma corriqueira relação comercial.

Além do mais, tal diploma jurídico era regido pelo conceito liberal e patrimonialista, o que invariavelmente fazia-o pender para o lado mais forte da relação jurídica economicamente falando, o que é magnificamente observado por Tartuce, vejamos:

O código Civil de 1916 era uma norma essencialmente agrarista, patrimonialista e egoísta, que não protegia qualquer parte vulnerável da relação jurídica estabelecida. (TARTUCE, 2014, p.26)

Diante disso, cabe observar que o consumidor não tinha a quem recorrer, a modo de ao menos igualar as condições de discussão ante o fornecedor.

Muito por isso, importa lembrar que a Constituição Federal de 1988 é um diploma com preceitos sociais, onde se prima acima de tudo, a dignidade da pessoa humana consagrada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o que torna os direitos inerentes à pessoa, infinitamente mais importantes que qualquer patrimônio.

Dessa forma, pode-se mensurar a importância atribuída ao consumidor e a amplitude de seu direito em ser defendido e protegido pelo Estado, na forma em que foi tratado pelo legislador constituinte.

Não bastasse isso, a Constituição traz em seu artigo 170, V, um dispositivo que eleva ainda mais a importância do consumidor, já que coloca como meta do Estado, a harmonia

econômica, tendo como requisito, o respeito á alguns princípios, estando entre eles, a defesa do consumidor, *in verbis*:

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;

Como observamos, a defesa do consumidor é elevada ao patamar de princípio constitucional, o que amplifica a sua importância, pois como sabemos, princípios são mandamentos abstratos que indicam preceitos a serem respeitados e seguidos pelo Estado e pela sociedade.

Denota-se então, que o fato de o legislador constitucional elencar no rol de princípios da ordem econômica, o dever de se efetivar a defesa do consumidor, é um passo importante para a posterior efetivação dos direitos deste, que viria com a criação do CDC.

Para isso, após garantir a defesa do consumidor, a CF 88, no inciso VIII do artigo 24, reservou competência à União, em concorrência com os Estados e o Distrito Federal, para legislar a respeito da responsabilidade de dano ao consumidor, vejamos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Posto isso, a Carta Magna atribuiu ao legislador infraconstitucional a incumbência de criar um diploma jurídico que proporcionasse a execução dos direitos do consumidor, ou seja, que servisse de ferramenta, para que o Princípio da “defesa do consumidor” que observamos a pouco, fosse efetivado. E o fez, por intermédio do artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT), *in verbis*: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

Mediante tal determinação, o legislador infraconstitucional colocou-se a desenvolver o CDC, que veio a ser sancionado por meio da lei nº 8.078, pelo Presidente da República Fernando Collor de Mello, em 11 de Setembro de 1990.

Porém, importa ressaltar que, embora a nomenclatura do CDC indique, tal diploma jurídico não se dedica apenas á proteção do consumidor, mas á regulação da relação de consumo, como se nota nas palavras de Almeida, vejamos:

O Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, antes de cuidar da Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, trata da Política de Relações de Consumo, dispondo sobre os objetivos e princípios que devem, nortear o setor. (ALMEIDA, 1993, p.10)

Assim, devemos perceber o CDC como um instrumento de harmonização socioeconômica, cuja atribuição é cuidar da manutenção da ordem nos negócios onde há no mínimo um consumidor e um fornecedor.

2.3 Os princípios informadores do CDC

Para De Plácido e Silva, princípios jurídicos “significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito.” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1987, p.447, grifo do autor)

Nesse sentido, pode-se dizer que princípio jurídico nada mais é que o parâmetro necessário à criação do dispositivo jurídico ou, como muitos preferem dizer, da norma positivada, bem como o oxigênio para a sua manutenção.

A criação de um dispositivo jurídico é realizada mediante a necessidade de proteção a um bem jurídico, e esta proteção é sempre norteada por um mandamento implícito, um preceito principiológico.

Isso se nota, por exemplo, quando observamos que o Princípio da dignidade da pessoa humana, fez com que o legislador, isto é, além de positivá-lo na nossa Constituição Federal (art. 1º III), o utilizasse como parâmetro para a fixação das garantias fundamentais presentes no *caput* do artigo 5º da mesma, quais sejam o direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Basta refletirmos um pouco, para observarmos a influência desse princípio para com a positivação dos direitos fundamentais que tratamos.

Refletindo, observaremos que para que haja a dignidade da pessoa humana, logicamente é necessário que a pessoa esteja viva, para isso o legislador garantiu o direito à vida. E para que seja efetiva tal dignidade, é necessário que a pessoa esteja livre, o que leva a garantia à liberdade.

É necessário também, que a pessoa seja respeitada pelo o Estado e pelos demais indivíduos da sociedade como um sujeito de direitos iguais aos demais, o que, como vimos também, encontra-se positivado no diploma jurídico em comento.

Além do mais, para que seja efetivo o preceito da dignidade da pessoa humana, o indivíduo deve gozar de segurança ante a tudo e todos. Seja a segurança contra atos

criminosos que é a primeira ideia de segurança que lembramos, bem como aquela atinente aos negócios jurídicos, comerciais etc.

Por fim, é impossível imaginar o exercício da dignidade da pessoa humana, sem que o indivíduo possa adquirir e possuir propriedades. E neste sentido, devemos lembrar que a propriedade é necessária á sobrevivência do indivíduo em sociedade, o que fez com que o legislador constituinte incluísse o direito a ela no dispositivo a que tratamos.

Desta forma, para que o Princípio da dignidade da pessoa humana seja totalmente efetivado, é necessário o respeito e a efetivação de todas essas garantias. Assim sendo, como pudemos observar, tal princípio serve de parâmetro para os dispositivos que garantem tais direitos, dando sentido a eles.

Ademais, os princípios são ordenamentos imateriais e possuem sentido lato sensu. São mais antigos que o sistema jurídico, além de serem íntimos da moral e dos bons costumes, dando origem as normas gerais e também as específicas do direito. Ou seja, são requisitos básicos para a existência de todo o sistema jurídico. Muito por isso, são invocados como mecanismos de remédio às eventuais lacunas do direito positivado.

Corroborando a isso, Alexy apud Ávila define princípios da seguinte maneira:

[...] princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. (ÁVILA, 2009, p.37)

Neste diapasão, como já observamos, existem duas espécies de princípios, os gerais, comuns a todos os ramos do direito, e os específicos, que dizem respeito a um determinado ramo do direito.

Na categoria dos específicos, o CDC traz como principais mandamentos, alguns princípios indispensáveis à tutela dos direitos do consumidor, são eles: Princípio da vulnerabilidade, Princípio da hipossuficiência, Princípio da transparência, Princípio da boa-fé e o Princípio da intervenção.

O fato de nos debruçarmos apenas sobre alguns princípios, não quer dizer que sejam os únicos a balizarem a defesa dos interesses do consumidor, porém, tratam-se dos mais importantes, tamanha representatividade que possuem.

O Princípio da vulnerabilidade tutela o reconhecimento das vulnerabilidades do consumidor. Não á toa, é o que mais impulsionou os movimentos consumeristas em prol da criação de mecanismos de defesa da classe consumidora.

Corroborando a isso, Almeida observa que a vulnerabilidade foi a “justificativa para o surgimento da tutela do consumidor” (ALMEIDA, 1993, p.15).

Salienta ainda, que o consumidor assim o é, pela simples definição que lhe é dada, sendo facilmente reconhecido como “a parte mais fraca na relação de consumo”, haja vista que não dispõe de controle sobre os bens de produção (ALMEIDA, 1993, p.15).

Presente de forma expressa no CDC, o presente princípio exige o reconhecimento pelo Estado, da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, vejamos:

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

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Cabe observar, que tal exigência é necessária para que políticas públicas sejam adotadas em prol da proteção do consumidor. Além disso, serve para que toda e qualquer legislação voltada a fomentar a economia e o crescimento do país, observe a necessidade de se preservar os direitos do consumidor, considerando suas vulnerabilidades, haja vista a necessidade de permanente vigília do Estado às relações de consumo.

Neste diapasão, Batista (2015, p.64) assevera que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é uma medida necessária para que o princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, seja efetivado, inclusive, citando a seguinte decisão do STJ, *in verbis*:

O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. (586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2009). (BATISTA, 2015, p.64)

Assim sendo, deve-se observar que, como pode o Estado assegurar a igualdade na relação de consumo e adotar medidas para que a mesma seja equilibrada, portanto igualitária, sem reconhecer por presunção absoluta a vulnerabilidade do consumidor, que por sua vez, é a causa de toda essa desigualdade?

Diante disso, não se deve deixar de concordar com a afirmação da autora supracitada e do ministro prolator da decisão em comento, pois, prevendo o artigo 5º da Constituição Federal que “todos são iguais perante a lei,” deve o consumidor, ser protegido por mecanismos estatais que o reconheçam por presunção absoluta, como parte vulnerável da relação de consumo.

Seguindo nossos estudos acerca dos princípios orientadores do CDC, temos aquele que, como já observamos, é erroneamente confundido com o Princípio da vulnerabilidade, o Princípio da hipossuficiência.

Enquanto este trata de questões fáticas, podendo ser constatado apenas no caso concreto, para a adoção da inversão do ônus da prova no processo judicial, aquele, é objeto de presunção absoluta, desde a idealização da relação de consumo, ou até da sua possibilidade.

Além disso, a hipossuficiência aqui tratada, isto é, no âmbito do direito do consumidor, difere do conceito de hipossuficiência econômica que se perfaz na fraqueza econômica deste, o que, conseqüentemente não seria objeto de inversão do ônus da prova, mas sim de concessão de justiça gratuita.

Neste diapasão, Nunes (2005, p.133) assevera que, sendo a hipossuficiência protegida no âmbito do CDC, um requisito para a inversão do ônus da prova, e esta, assunto processual, não teria como atribuí-la a fraqueza econômica, que por sua vez, diz respeito ao direito material.

Diante disso, a hipossuficiência em tela, pode caracterizar-se na impossibilidade do consumidor em precisar sobre as questões técnicas do produto que comprou. Por exemplo, por não possuir conhecimento técnico sobre a máquina de lavar que adquiriu, o consumidor não tem condições de especificar, dentro do processo, qual a razão de o produto ter parado de funcionar repentinamente, quanto mais, para provar que o fato tenha ocorrido por um vício de fabricação ou outro qualquer, que seja de responsabilidade do fornecedor. O que não se pode dizer a respeito deste, que como já vimos, concentra todas as informações técnicas sobre o produto que lança ao mercado. Alguns doutrinadores inclusive, a exemplo de Braga Netto (2017, p.528), identificam esta hipossuficiência como técnica.

Outro aspecto da hipossuficiência consumerista, toca a respeito da impossibilidade do consumidor acessar informações imprescindíveis para a comprovação de seu direito. Informações estas, que na maioria dos casos, são de propriedades do fornecedor.

Diante disso, Tartuce bem resume o cenário caracterizador da hipossuficiência, vejamos:

[...] Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso. (TARTUCE, 2014, p.35)

Por tudo isso, deve-se tomar muito cuidado ao abordar o tema, pois o sentido de hipossuficiência para o CDC difere do sentido de desprovisionamento econômico-financeiro.

Pois bem, como já observado, a hipossuficiência é um dos requisitos para inversão do ônus da prova no processo judicial, e dentro do processo, o juiz deve avaliar as condições das partes em identificar a composição técnica ou informacional relacionada ao produto objeto da relação de consumo.

Tal inversão do ônus probante no processo é um dos direitos do consumidor, previstos no artigo 6º do CDC, e deve ser concedido pelo juiz, quando, a critério deste, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente o consumidor, segundo as regras ordinárias de experiências, como ainda preceitua o artigo em comento, mais precisamente no inciso VIII, observemos:

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 experiências;

Constata-se então, que o Princípio da hipossuficiência para o CDC, serve à facilitação do direito de acesso à justiça, preconizado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O Princípio da transparência por sua vez, é intimamente ligado ao próximo princípio que estudaremos, o da boa-fé, e isso se dá pelo intuito de ambos em fazer com que a relação seja a mais equilibrada e satisfatória possível. Rosa bem denota isso, vejamos:

[...] não se pode pensar em transparência, quando esta possa estar divorciada dos padrões relativos à boa-fé, elemento capaz de ativar um negócio jurídico, que possa estar em verdadeira inércia em termos conclusivos. (ROSA, 1995, p.39)

E continua dizendo, em outro trecho de sua obra:

Pelo exercício da transparência torna-se evidente o princípio da boa-fé, que deve caracterizar-se como meio de recomendação para o desenvolvimento do próprio consumo. (ROSA, 1995, p.46)

Ambas as passagens, denotam claramente que o dever de transparência na relação de consumo é fruto da boa-fé do consumidor e do fornecedor. Pois deve ser resultado da vontade de ambas em conduzir a relação ao seu fim natural, qual seja a satisfação plena e mútua; o que passa pela necessidade das mesmas em informar uma à outra, as suas capacidades, necessidades e condições para a efetivação do negócio, evitando que uma, ou ambas, suportem encargos indesejados.

Porém, cabe destacar, que este princípio atribui alguns deveres mais especificados ao fornecedor, como passamos a observar.

Expressamente positivado no CDC, mais precisamente no *caput* do artigo 4º, o Princípio da transparência prega a necessidade de clareza nas informações prestadas pelo fornecedor, no ato de publicidade, na elaboração do contrato de consumo e até mesmo na relação pós-contratual.

Neste sentido, Tartuce (2014, p.40) lembra que no mundo em que vivemos, milhares de informações são criadas a todo instante, mas a sua distribuição não é feita de forma igualitária como deveria. Assim, uma porção delas fica concentrada no domínio de uma determinada parcela de indivíduos.

Isso pode prejudicar o consumidor, pois se o fornecedor, que é aquele que concentra as informações sobre o produto ou serviço, não as repassa ao consumidor, há uma chance real de insatisfação deste, por contingências oriundas da falta de uma informação clara e precisa. Neste diapasão, o autor supracitado observa que o princípio em questão tem dupla face: “o dever de informar e o direito de ser informado” (TARTUCE, 2014, p.40).

A primeira, diz respeito à obrigatoriedade do fornecedor em conceder informações claras a respeito do seu produto ou serviço. Enquanto que a segunda, diz respeito ao consumidor, por este, possuir o direito de obter todas as informações sobre o negócio a que está sendo seduzido, seja quanto ao produto ou serviço, bem como, sobre as condições para a efetivação do negócio.

Marques (2005, p.714/715), pontua que este princípio tem o condão de transformar o elo contratual de consumo em uma relação mais sincera e menos danosa possível, entre fornecedor e consumidor. O que devemos concordar, pois a finalidade do fornecimento de informações claras por ambas as partes é, senão, a efetivação de um negócio jurídico saudável.

Andando juntamente com o Princípio da transparência, temos o Princípio da boa-fé, um mandamento que traz ética à relação de consumo. Isso quer dizer, que o consumidor e o fornecedor, devem guardar tratamento condizente com os bons costumes, um para com o

outro. E isso deve ocorrer tanto na fase pré-contratual, incluindo os atos de propaganda por parte do fornecedor e a negociação, bem como, a fase pós-contratual.

Nesta seara, podemos observar as palavras de Miragem, *in verbis*:

Assim, por exemplo, ao considerar-se um contrato, a boa-fé objetiva impõe deveres tanto antes da sua celebração formal – como os deveres de informar corretamente, ou realizar uma oferta clara, sem equívocos – assim como durante a execução e após a sua extinção, podendo permanecer, findo o ajuste, deveres a serem respeitados pelas partes (por exemplo, a garantia contra vícios). (MIRAGEM, 2016, p.146)

Esta passagem denota a ligação entre este princípio e o anterior, pois o fornecedor deve guardar estrita boa-fé para com o consumidor, desde a divulgação de seu produto ou serviço, e isto inclui a transparência nas informações prestadas.

Neste sentido inclusive, o mesmo autor (MIRAGEM, 2016, p.146) salienta que o Princípio da boa-fé, impõe ao fornecedor o dever de informar de forma qualificada.

Diante disso, deve o fornecedor cuidar para que as informações prestadas ao consumidor atinjam este, com a clareza que deve lhe ser introduzida, deixando-a qualificada, a ponto de transmitir a ele, de forma correta e inequívoca, todas as informações sobre o produto ou serviço, bem como, as condições para a efetivação do negócio.

Em outras palavras, a obrigação de informar o consumidor, deve ser aliada ao dever de clareza nas informações, o bastante para serem facilmente e plenamente compreendidas por ele, e isto não é outra coisa, senão a efetivação da boa-fé para com a relação de consumo.

Neste diapasão, expressamente positivado no inciso III do artigo 4º do CDC, o presente mandamento orienta as partes a agirem com lealdade uma para com a outra, visando sempre, a satisfação plena de ambas ao fim do negócio.

Isso inclui o cumprimento das obrigações principais da relação de consumo, bem como, dos deveres anexos ou laterais como observa Almeida *apud* Miragem (2016, p.146), quais sejam o dever de cuidado, previdência, segurança, cooperação, informação, proteção se for o caso, e cuidado para com a pessoa e o patrimônio da parte contrária.

Ou seja, ao contratar, o consumidor e o fornecedor, devem tomar todos os cuidados para que o negócio não surta efeitos indesejáveis para ambos, seja no que se relaciona de forma direta com o objeto do negócio, seja no que compõe questões paralelas, *v.g.* o shopping deve prover segurança ao consumidor nas dependências do estabelecimento, bem como, ao seu veículo em depósito no estacionamento.

Miragem (2016, p.145) salienta ainda, que o Princípio da boa-fé é dividido em duas espécies: subjetiva e objetiva. Mas que, quando se fala nele, reporta-se apenas à segunda.

O autor explica, dizendo que a boa-fé subjetiva não se trata de princípio jurídico, mas de um estado psicológico, ou seja, de um estado de consciência dos contratantes para com a relação. Ou seja, a boa-fé subjetiva, se resume a falta de intenção de prejudicar a outra parte, vindo a efetivar o que ouvimos muitas vezes, de que a pessoa “agiu de boa-fé” (MIRAGEM, 2016, p.145).

Já a boa-fé objetiva, tem origem no direito alemão e determina que as partes comportem-se de acordo com a boa-fé, com os usos e com os costumes inerentes ao negócio, ainda segundo o autor supracitado (MIRAGEM, 2016, p.145).

O Princípio da intervenção por sua vez, toca a respeito do dever do Estado em interferir na relação de consumo, com o propósito de equilibrá-la, haja vista, o fato de a vulnerabilidade do consumidor, o colocar em posição de desvantagem perante o fornecedor.

Desta forma, como diz o autor acima (MIRAGEM, 2016, p.150), tal princípio “resulta do reconhecimento da necessidade de atuação do Estado na defesa do consumidor”.

Neste sentido, é de se salientar que tal intervenção não deve se resumir a simples fiscalização do Estado à relação de consumo, mas de profunda regulação da mesma. Isto é, estabelecendo uma gama de direitos subjetivos ao consumidor e deveres respectivos ao fornecedor, no sentido de que este, respeite e realize tais direitos, como observa ainda, Miragem (2016, p.150).

Neste diapasão, o CDC traz no inciso II do artigo 4º, as formas de intervenção do Estado no mercado de consumo, como princípio para o atendimento às necessidades do consumidor, bem como, das outras proteções a este, vejamos:

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

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

A intromissão externa na relação de consumo é papel único e exclusivo do Estado, já que cabe apenas a ele intervir no domínio econômico do país, para que o mesmo cresça e se

desenvolva. E como se sabe, a economia é intimamente ligada ao consumidor, pois ele é a razão de todo o sistema de mercado, que por sua vez, movimentam a economia.

Como lembra Almeida, (1993, p.17) nos tempos do Estado liberal, a ordem era a não intervenção estatal nos negócios privados, estando então, a mercê das partes integrantes do mercado, o ditame das regras lhe inerentes. Diante disso, é necessário lembrar que esta sistemática, impulsionou a desigualdade socioeconômica entre os detentores dos meios de produção e os integrantes da classe menos favorecida.

Importa salientar então, que é de suma importância que, por meio dos valores sociais, o Estado assumam o papel de regulador do mercado de consumo, ditando as normas mínimas para o meio e exercendo a supervisão da relação de consumo.

Ademais, importa lembrar que a intervenção estatal não se limita mais à função de arbitrar os conflitos oriundos nas relações consumeristas, como na época do Estado liberal, em que o Estado exercia apenas o papel de averiguador do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes. Mas se perfaz sob o mantra da igualdade necessária às relações entre fornecedor e consumidor, determinando tudo o que pode e que não pode ser objeto da relação de consumo, seja formal, como contrato, cláusula; ou material, como bens e serviços.

Assim, a intervenção estatal no mercado de consumo, como preconiza o dispositivo supracitado, se dá pela efetivação dos ditames do artigo 5º do CDC, *in verbis*:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

- I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;
- II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
- III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
- IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
- V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Observa-se, que o Estado tem à sua disposição, diversas ferramentas legais para a manutenção do equilíbrio no mercado de consumo, por meio da intervenção necessária para a ordem econômica que, como observamos no artigo 170 da CF, tem como finalidade, assegurar uma existência digna a todos.

3- AS FONTES DAS OBRIGAÇÕES E O CONTRATO

Antes de adentrarmos ao estudo do contrato propriamente dito, é deveras importante nos situarmos sobre as fontes das obrigações, donde o instrumento que estamos a estudar é uma espécie, por constituir prestação e contraprestação. Além disso, é mister que estudemos também o fato, o ato e o negócio jurídico, pois o objeto de nosso trabalho, além de ser um negócio jurídico, é fruto da vontade de entes personalizados, que por meio de atos, o formulam e o executam, como veremos a partir de agora.

Por “fonte”, tem-se a noção empírica de nascedouro de água. Logo, o termo jurídico “fonte das obrigações”, como é de se imaginar, indica o fato criador das obrigações, ou, onde e como nasce uma ou varias obrigações.

Monteiro *apud* Gonçalves leciona a respeito, vejamos:

[...] constituem fontes das obrigações os fatos jurídicos que dão origem aos vínculos obrigacionais, em conformidade com as normas jurídicas, ou melhor, os fatos jurídicos que condicionam o aparecimento das obrigações (GONÇALVES, 2017, p.46)

Desta forma, tem-se que a obrigação nasce de um determinado fato descrito na lei, como criador do dever de proceder a uma prestação por parte de quem o pratica, ou que, no mínimo é responsável por ele, o que o torna um fato jurídico, pois tem a tutela do sistema jurídico-legal para surtir efeitos.

Destarte salientar, que tanto Diniz, Maria Helena (2014, p.57), quanto Monteiro (2014, p.49), mencionam os ensinamentos de Scuto, para observar que, embora seja corriqueira a utilização dos termos “fontes do direito” e “fontes das obrigações”, como sinônimos, ambos exprimem ideias sutilmente diferentes.

Enquanto o primeiro indica os nascedouros dos termos jurídicos, ou seja, das normas gerais e abstratas que regulam a convivência social, o segundo caracteriza a criação das relações concretas e particulares, tendo como objeto uma prestação.

Segundo Gonçalves (2017, p.46/47), no período clássico do direito romano, Gaio identificou nas Institutas do Imperador Justiniano, duas fontes das obrigações, o contrato e o delito. Porém, posteriormente, o mesmo juriconsulto reformulou a sua lição e dividiu as fontes das obrigações em quatro, sendo: contrato, quase contrato, delito e quase delito.

O contrato era, e ainda é, um acordo de vontades reconhecido pelo direito civil, e possuidor de força obrigatória, que proporciona às partes, o direito a ação judicial conhecida como actio.

Neste diapasão, Monteiro (2014, p.51) observa que “Conventio era a expressão genérica empregada pelos romanos”, e abarcava tanto os contratos propriamente ditos, ou seja, os acordos reconhecidos pelo ordenamento civil, que obrigavam cada parte a sua prestação, como também os pactos.

Porém, cabe ressaltar que o pacto, diferentemente do contrato, não possuía força obrigatória, por não ser regulamentado e protegido pelo direito civil, não sendo, portanto, passível de ação judicial.

Já o quase contrato, assim chamado por ser semelhante ao contrato como lembra Gonçalves (2017, p.47), não necessitava do acordo de vontades entre duas ou mais pessoas sobre o objeto em comum, mas apenas que uma delas realizasse voluntariamente, algo em benefício da outra.

Neste diapasão, Monteiro (2014, p.53) cita alguns exemplos de obrigações constantes no instituto em questão, sendo: a gestão de negócios, as obrigações oriundas da tutela, bem como da curatela, as relações de vizinhança etc.

O delito por sua vez, perfaz-se no ato ilícito doloso, tal como aquele disciplinado no artigo 186 do Código Civil. Neste sentido, semelhantemente ao nosso ordenamento jurídico, o direito romano tinha o ato ilícito como uma das principais fontes das obrigações, haja vista, que sujeitava seu autor à reparação do dano causado a outrem. Sobre isso inclusive, reflete Monteiro, *in verbis*:

Havia, porém, por assim dizer, verdadeira antítese entre os delitos e os contratos, pois, se estes constituíam atos de paz entre os homens, representados pela convergência de suas vontades, eram aqueles atos de guerra, traduzindo-se sempre por um malefício. (MONTEIRO, 2014, p.53)

Observa-se, que o autor realça o paradoxo presente entre as situações criadoras das obrigações contratuais e os eventos causados por atos ilícitos, que por sua vez, também originam obrigações. Pois, enquanto que as obrigações criadas em uma situação, são frutos da paz e harmonia entre os indivíduos, àquelas originadas na outra, nascem de uma situação totalmente antagônica, ou seja, de um evento prejudicial a alguém.

Por fim, o quase delito é o ato ilícito culposo, como lembra Gonçalves (2017, p.47), observando ainda, que no direito romano, dava-se na imprudência, negligência ou imperícia do indivíduo.

Explica ainda o autor, que naquele ordenamento jurídico, “certas figuras vinculadas aos delitos”, não eram frutos da intenção voluntária de causar o dano, por parte de seu

precursor, o que originava uma “espécie de responsabilidade objetiva” (GONÇALVES, 2017, p.47/48).

Um dos exemplos mais comuns de quase delitos, inclusive, mencionado tanto por Monteiro (2014, p.53) quanto por Gonçalves (2017, p.48), é o dano causado a alguém ou bem alheio, na via pública, por algum objeto caído ou lançado do alto de um prédio.

Já a lei por sua vez, veio a ser incorporada no elenco das fontes das obrigações por Pothier, como lembra Monteiro (2014, p.55), sob a constatação de que certas obrigações emanam diretamente da lei, *v.g.* a obrigação dos genitores em alimentar e nutrir sua prole.

Aliás, a classificação definida por Pothier, foi adotada pelo código de Napoleão, que elencou no artigo 1.370, as cinco espécies de fontes das obrigações, como bem observa o autor acima citado: “a) contratos ou obrigações convencionais em geral; b) quase contratos; c) delitos; d) quase delitos; e) obrigações que resultam da exclusiva vontade da lei” (MONTEIRO, 2014, p.55).

O Código italiano por sua vez, mais precisamente na reforma de 1942, considera a lei como única fonte das obrigações, donde estas são criadas por fatos previstos no ordenamento jurídico, como aptos para a sua geração.

Já o Código suíço, inovou totalmente ao deixar a cargo da doutrina, a definição das fontes das obrigações, omitindo-se completamente a respeito.

Porém, bem mais influente em nosso ordenamento jurídico, o Código alemão inovou ao abolir a distinção entre delitos e quase delitos, definindo que todo aquele que, por ação ou omissão culposa ou dolosa, causa dano á outrem, é obrigado a reparar o prejuízo. Desta forma, os delitos e quase delitos deram lugar ao termo genérico “atos ilícitos”, o que consequentemente refletiu no nosso Código Civil (art. 186 e 187 CC).

Neste diapasão, Gonçalves (2017, p.49) lembra que no Código Civil brasileiro de 1916, o legislador considerou o contrato, a declaração unilateral de vontade e o ato ilícito, como fontes das obrigações. Reitera ainda, que em alguns casos, a lei era a fonte direta das obrigações, *v.g.* obrigação de alimentar.

O atual Código Civil seguiu o mesmo prisma, já que, mesmo com as inovações que lhe foram inseridas, não deixou de refletir os parâmetros das fontes das obrigações delineadas pelo Código alemão. Desta forma, pode-se observar que nosso sistema jurídico atual tem como fontes das obrigações, a vontade humana, que por sua vez, rege tanto o contrato quanto a declaração unilateral de vontade, os atos ilícitos e a lei.

O ato ilícito, como já citado, é resultado da junção dos delitos e dos quase delitos e, disposto genericamente no Código Civil, abarca toda ação e omissão que causa dano alheio.

Já a vontade humana, é considerada pela doutrina e pelo legislador, como fonte das obrigações na declaração unilateral de vontade que o Código Civil regulamenta no título VII (Dos atos unilaterais), e se perfazem na promessa de recompensa, na gestão de negócios, no pagamento indevido e no enriquecimento sem causa (art. 854 a 886 CC) como observa Gonçalves (2017, p.50); e, nas manifestações bilaterais e plurilaterais de vontade, que por sua vez, criam o contrato, seara onde o Código Civil traz novas espécies contratuais e a possibilidade da criação de contratos não nominados, ou seja, “atípicos” (art. 425 CC).

A lei por sua vez, originariamente emana algumas obrigações, v.g. obrigação tributária, pois, só a lei pode instituir tributos (art. 150, I CF).

Com essa sistemática tripartite das fontes das obrigações, Gonçalves (2017, p.50) observa que a lei acaba sendo a fonte primária delas, ou como ele diz: fonte “imediate” das obrigações; lembrando inclusive, que o Código Civil italiano de 1942, a considera como única fonte das obrigações.

Segundo Orlando Gomes *apud* Diniz, Maria Helena (2014, p.57/58), a lei é fonte primária, ou imediata das obrigações, porque as relações jurídicas criadas, seja pela vontade do homem ou pelo ato ilícito, assim o são, porque são validados por ela, ou seja, é a lei que transforma o vínculo fático em jurídico.

Assim sendo, pode se observar que sem a chancela da lei, o fato humano por si só, não é capaz de gerar uma obrigação, pois o Estado-juiz, que deve agir sempre por regulamentação legal, não poderia compelir o inadimplente contratual, ou o causador de um dano, a cumprir com seu dever, sem o aporte da legislação.

Neste diapasão, a fonte mediata se perfaz na circunstância fática prevista como causadora da obrigação. Em outras palavras, a fonte mediata é o fato encarregado pela lei, como criador de uma relação obrigacional. Orlando Gomes novamente mencionado por Diniz, Maria Helena (2014, p.58), diz que são os “fatos que a lei considera suscetíveis de criar relação creditória”.

3.1 Fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico

Fato jurídico é todo acontecimento originado por um ato humano, voluntário ou não, ou por evento natural que, como explica Rizzardo (2006, p.4), “produz consequências jurídicas”.

Vale ressaltar, que abordaremos neste trabalho, apenas o ato humano como criador do fato jurídico, já que o contrato, seu objeto principal, emerge da vontade humana voluntária, tão somente.

Neste diapasão, valemo-nos dos ensinamentos de Mello, sobre a vontade na constituição do fato jurídico, *in verbis*:

[...] a exteriorização de *vontade consciente* constitui o elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico *lato sensu*. Na verdade, a vontade somente pode ter alguma importância para o mundo jurídico se prevista como suporte fático de alguma norma jurídica. Neste caso, sendo manifestada, por força da incidência, a norma jurídica a transformará em fato jurídico, podendo a partir daí produzir as consequências que lhe são atribuídas. A *vontade* não constitui, só por si, o negócio jurídico, mas precisa de que a norma jurídica a transforme, juntamente com os demais elementos por ela previstos como necessários, em fato jurídico. (MELLO, 1995, p.144, grifo do autor)

Nota-se, que o fato jurídico é o resultado da junção da vontade humana, com os preceitos legais, e que assim, repercute no âmbito jurídico produzindo efeitos.

Para dar ensejo ao fato jurídico, a vontade humana é exteriorizada através de um ato previsto em lei como apto a criar efeitos na esfera jurídica, ou seja, é um ato humano revestido de capacidade legal para criar um fato jurídico. Tal ato, primeiramente é identificado como ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*), depois, subdividido em duas subespécies, o ato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*) e o negócio jurídico, donde o contrato é uma vertente. A diferença entre ambos reside na forma com que vontade do agente incide sobre seus efeitos.

Neste sentido, podemos recorrer às sábias palavras de Mello, para observarmos que o ato jurídico em sentido estrito, não tem o poder de delinear os efeitos do fato jurídico, já que seus efeitos são préfixados por lei, vejamos:

denominada ato jurídico *stricto sensu* ou ato não-negocial – a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados, donde dizer-se que são *efeitos necessários*, ou *ex lege*. (MELLO, 1995, p.127, grifo do autor)

Nota-se, que no ato jurídico em tela, a vontade do agente serve apenas como ingrediente necessário para a formação do fato jurídico, do qual, os efeitos jurídicos encontram-se previamente fixados por lei, ou seja, a vontade é apenas um componente do fato, não tendo ingerência alguma sobre seus efeitos.

Por outro lado, o negócio jurídico produz seus próprios efeitos, pois tem a vontade humana como elemento central do fato jurídico que forma, tendo por sua vez, a lei apenas como validadora. Ou seja, a vontade é o fator principal de produção e regulação dos efeitos que o fato surtirá, como também ensina o professor supracitado, vejamos:

denominada *negócio jurídico* ou *ato negocial* - o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas, lhe reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico. (MELLO, 1995, p.127, grifo do autor)

Então, objetivamente sintetizando, é correto dizer que os efeitos oriundos do fato jurídico criado pelo ato jurídico em sentido estrito, não decorrem da vontade do agente, embora o ato que o provoca possa decorrer, *v.g.* o reconhecimento de paternidade, onde convenhamos concordar, que o reconhecimento da prole pode ser fruto da vontade do genitor, porém, os efeitos jurídicos que este fato jurídico provoca, são atribuídos privativamente pela lei, não dependendo do ânimo do agente para se efetivarem, *v.g.* o dever de prestar alimentos.

Já os efeitos jurídicos oriundos do negócio jurídico, que validado pela lei constitui um fato jurídico, por se perfazer em um conjunto de condutas que criam direitos e obrigações, *v.g.* o contrato de compra e venda, dependem exclusivamente da delimitação das partes, ou do único agente formulador, como no caso da declaração unilateral de vontade. Em ambos os casos, tais efeitos podem perfeitamente ser aqueles desejados pelos formuladores, onde ambos estipulam o resultado jurídico mutuamente desejado.

Resumidamente, já que abordaremos este fator mais adiante, devemos observar que, para que o negócio jurídico seja válido e habilitado para gerar efeitos jurídicos, é imprescindível que seus formuladores se atentem ao preenchimento dos requisitos presentes no artigo 104 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Importa salientar, que o legislador civil brasileiro aboliu a expressão ato jurídico, passando a ter como negócio jurídico todos os atos capazes de criar um fato jurídico. Desta forma, entende-se por negócio jurídico, tanto o ato, quanto o próprio negócio jurídico.

A validade do negócio jurídico se dá quando da sua perfeição legal, ou seja, quando não há falta de preenchimento dos requisitos acima expostos. Assim sendo, o agente formulador deve ser capaz, civilmente falando, o objeto do negócio deve ser compreendido pela lei, ou seja, não pode ser ilegal, deve também ser possível, determinado ou no mínimo determinável, conforme a letra da lei, e por fim, deve obedecer à formalidade definida pela legislação, ou não sendo o caso, não contrariá-la quanto á forma.

Diante disso, o artigo 166 do Código Civil, define a nulidade como sanção á falta de observação de qualquer dos requisitos acima comentados, vejamos:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Nota-se, que não preenchendo os requisitos em comento, a própria lei confere ao negócio jurídico, nulidade por presunção absoluta, o que por si só, o considera como inexistente, bem como os efeitos já surtidos.

3.2 O contrato

O contrato é a fonte de obrigação mais utilizada atualmente, pois pode ser empregado em inúmeros negócios e para as mais variadas finalidades. Neste diapasão, é deveras importante lembrarmos que vivemos em plena sociedade do consumo, o que retira a novidade da afirmação inicial.

Como ensina Diniz, Maria Helena (2014, p.32), o fundamento do contrato é a vontade humana, desde que esta esteja em conformidade com a lei. Seu habitat é o ordenamento jurídico, pois como já vimos, é a legislação que lhe dá validade e consequentemente, força obrigatória. E por fim, seu efeito é a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações.

Como já observamos, o contrato é antigo, de modo que no direito romano a convenção era um termo genérico que abarcava tanto o contrato, como o pacto, onde, o primeiro detinha força obrigatória e o segundo não como lembra Fraga (2006, p.3).

Para ser formado e produzir efeitos, o contrato carecia de formalidades pré-fixadas pela lei, que serviam como uma espécie de garantia estatal. Portanto, não se criava obrigações de qualquer forma, baseando-se apenas na vontade das partes. Diante disso, a “actio” (ação judicial), era movida pela parte prejudicada ante a inadimplente, apenas no caso de o contrato ter preenchido os requisitos formais em sua criação.

Vale observar, que existiam três espécies contratuais. A primeira, conhecida como “litteris”, se formalizava através da escritura do acordo no livro do credor, a segunda, denominada de “re”, se efetivava pela tradição, ou seja, entrega do objeto/coisa, e por último, a espécie conhecida como “verbis”, era formada pela verbalização do acordo, tão somente.

O pacto por sua vez, era conhecido como “pacta”, além disso, era destituído de formalidade, e como consequência lógica, não possuía proteção estatal, não podendo a parte prejudicada recorrer ao Estado-juiz, ressalvada a hipótese de esta, poder reter a prestação a que fizesse jus, se viesse a recebê-la.

O Código Civil francês, mais conhecido como Código de Napoleão, tinha o contrato como uma simples ferramenta para aquisição de propriedade como lembra Gonçalves (2017, p.23), servindo apenas como instrumento de garantia para os proprietários onde, a transferência de bens dependia pura e simplesmente da vontade dos indivíduos.

Tal instrumento era disciplinado no livro das propriedades, pois era utilizado na transação para a aquisição delas. Vale lembrar, que naquela época a propriedade era o motor da economia, além de sinônimo de riqueza, condição de liberdade e poder, pois seu proprietário podia usá-la no que bem entendesse, bem como dispor dela a qualquer momento.

Por sua vez, o Código Civil da Alemanha editado quase um século depois, disciplinou o contrato como uma espécie do gênero negócio jurídico, sendo este último, um instituto que abrange diversos tipos de atos jurídicos. Além disso, o contrato no Código alemão, por si só não transfere a propriedade, mas serve apenas, como veículo de transferência. Característica esta, adotada pelo Código Civil brasileiro de 1916 e seguido pelo atual como lembra Venosa (2006, p.359).

Ademais, Gonçalves (2017, p.23) lembra que hoje em dia não se diferencia mais os termos “convenção”, “contrato” e “pacto”, pois tais nomenclaturas são entendidas e interpretadas como sinônimas, diferentemente do direito romano.

Em se tratando especificamente do objeto do contrato, cabe observar que o mesmo, além de regular uma obrigação de dar e receber, pode mediar uma obrigação de fazer e até de não fazer, á exemplo do contrato de prestação de serviço e do contrato de confidencialidade, respectivamente.

Estudando mais detalhadamente os requisitos de validade do contrato, já que realizamos algumas observações a respeito da validade do negócio jurídico ao final do último sub tópico, devemos lembrar, que o negócio jurídico deve preencher certos requisitos legais para surtir os efeitos desejados por seu precursor.

Neste sentido, sendo o contrato uma espécie de negócio jurídico, ele precisa observar algumas condições de validade para que seja reconhecido pelo ordenamento jurídico, como instrumento a ser empregado na aquisição, modificação ou extinção de direitos.

Para isso, as condições de validade se dividem em duas categorias. Primeiramente temos a “de ordem geral”, que acompanha todos os atos e negócios jurídicos, sem os quais o mesmo não existe, quais sejam, aqueles que observamos á pouco (capacidade do agente, licitude do objeto, possibilidade, determinação ou possibilidade de determinação deste, e atendimento a forma prevista ou não proibida pela legislação).

Em segundo lugar, porém não menos importante, mas restrita aos contratos, temos a espécie denominada como: “de ordem especial”. Esta se perfaz no consentimento recíproco entre os contratantes.

Já os requisitos propriamente ditos, são subdivididos nas três seguintes categorias: subjetivos, objetivos e formais.

Os primeiros, são subdivididos em quatro vertentes, vejamos:

a) Manifestação de duas ou mais vontades: O termo é autoexplicativo, haja vista ser o contrato um instrumento regulador das vontades de dois ou mais entes;

b) Capacidade genérica das partes contratantes: Se perfaz na capacidade de agir em geral, ou seja, a aptidão que a pessoa possui para celebrar todos os atos da vida civil, não se encaixando, portanto, em nenhuma hipótese que cause nulidade ou anulabilidade do ato praticado, v.g. menoridade (art. 3º CC);

c) Aptidão específica para contratar: Se traduz na capacidade elencada pela lei, como complemento a capacidade geral, para dar mais segurança jurídica ao negócio, como por exemplo, o contrato de doação, cujo agente doador deve possuir poder de disposição do bem, como observa Gonçalves (2017, p.34);

d) Consentimento: Há a necessidade de concordância entre as partes quanto ao objeto da avença. Inclusive, para justificar tal necessidade, Gomes (2001, p.48) lembra que as vontades que formam o contrato, “correspondem a interesses contrapostos”.

Ademais, o consentimento dos contraentes deve ser manifestado expressa ou tacitamente, de forma espontânea e livre de vício.

A manifestação expressa se dá de forma verbal, escrita, gestual ou por sinais, de forma inequívoca, ou seja, de maneira que possa ser claramente compreendida pelo outro contraente.

Importante observar, que em alguns casos a lei exige a manifestação expressa, v.g. artigo 13 da lei nº 8.245/91 (lei do inquilinato) onde, em caso de sublocação do imóvel, a aceitação do locador deve ser realizada de forma prévia e “escrita”, vejamos:

Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.

§ 1º Não se presume o consentimento pela simples demora do locador em manifestar formalmente a sua oposição.

Nota-se, que o legislador reforça a medida, ao indicar no parágrafo 1º, que não é admitido o consentimento por presunção, ou seja, é vedada a aceitação tácita.

Neste diapasão, já aproveitamos para nos situar sobre a aceitação tácita, que por sua vez, só é admissível quando a lei não exige o consentimento expresso. Observa-se o artigo 111 do Código Civil: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Tal forma de manifestação é realizada através do comportamento do indivíduo. Sua conduta deve indicar claramente a sua vontade, ao ponto de o negócio ser considerado consumado, v.g. doação pura e simples, hipótese em que o contemplado deve aceitar o objeto da doação. Neste caso, pelo fato de a lei não exigir o consentimento expresso, a maneira como o mesmo cuida do que recebeu, indica sua aceitação.

Voltando aos requisitos de validade do contrato, temos os objetivos, que são encontrados no inciso II do artigo 104 do Código Civil já observado, são eles:

a) Licitude do objeto: Lícito é o objeto do contrato que não contraria a lei, a moral e os bons costumes. Assim sendo, o objeto do contrato deve ser permitido por lei, ou no mínimo, não vedado por ela.

b) Possibilidade física ou jurídica do objeto do contrato: Para que o Estado se dê ao trabalho de tutelar o direito sobre o objeto de um contrato, este tem que ser auferível física ou juridicamente falando.

Uma ressalva se faz necessária, pois há a impossibilidade absoluta e a relativa. Neste diapasão, o contrato só é nulo, se a impossibilidade for absoluta, ou seja, impossível para todo ser humano, v.g. obrigação de dar uma volta ao mundo a pé, em dez dias.

Porém, se a impossibilidade tocar a respeito da pessoa do contraente apenas, isto é, se a obrigação for passível de ser realizada por outrem, a impossibilidade então, é relativa. Diante disso o contrato é válido, podendo a parte inadimplente ser responsabilizada por perdas e danos.

A impossibilidade jurídica por sua vez, diz respeito à vedação legal, quanto à realização do negócio sob pena de nulidade, v.g. alienação de bens de família, sem a devida observação dos trâmites previstos no artigo 1.717 do Código Civil.

c) Determinação do objeto do contrato: O objeto do contrato deve ser “certo”, ou seja, precisamente indicado, ou no mínimo, suscetível de aferimento no momento da execução contratual, o que se possibilita com a indicação dos elementos necessários e suficientes (gênero, quantidade ou outras características identificadoras), quando da formação da avença.

e) Economicidade do objeto: Não é viável que se formalize um contrato sobre algo financeiramente irrisório. Por isso, seu objeto deve ter um valor econômico que compense o trabalho. Devemos concordar que não compensa formular um contrato de compra e venda de um grão de arroz, quanto mais mover uma ação em caso de inadimplemento.

Por fim, há os requisitos formais, que por sua vez, tocam a respeito da forma do contrato. Segundo Clóvis Beviláqua *apud* Diniz, Maria Helena (2014, p.38), a forma “é um conjunto de solenidades que se devem observar para que a declaração de vontade tenha eficácia jurídica”.

Em regra, nosso ordenamento jurídico admite qualquer forma contratual, ou seja, a declaração de vontade livre de vício, basta para a criação do contrato, isto é, no caso em que a lei não exige uma forma específica, como se retira do artigo 107 do Código Civil que emana o seguinte: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Resumindo, o contrato pode obedecer à forma acordada pelos contraentes, o que a doutrina chama de forma livre. Enquanto que, quando a lei prescreve a formalidade a ser cumprida, temos a forma específica ou solene v.g. casamento (art. 1.535 e 1.536 CC).

Além de tudo isso, o contrato pode ser classificado como oneroso ou gratuito, e isso depende muito da existência ou não de contraprestação.

O contrato oneroso se perfaz no sacrifício mútuo das partes, ligado a uma vantagem proporcional, o que se dá no ato de ambas se desfazerem de parte de seus respectivos patrimônios, para dar como contraprestação à prestação que receberá, v.g. “um contrato de compra e venda de automóvel” onde, o comprador subtrai do seu patrimônio uma quantidade

de capital, considerada pelos contratantes como proporcional ao valor do veículo, para entregá-la ao vendedor, que por sua vez, retirará o automóvel da sua relação de bens para entregá-lo ao comprador.

Observa-se, que cada um diminui temporariamente o seu patrimônio e recompõe a lacuna aberta, com a prestação a que tem direito, e que faz parte da obrigação assumida pelo outro. Desta forma, o capital vai a um e o automóvel a outro.

Já o contrato gratuito, denominado por alguns doutrinadores como benéfico, não contém contraprestação alguma, pois decorre simplesmente do sacrifício que uma das partes submete o seu patrimônio em favor da outra. Ou seja, há apenas a prestação, e aquele que a recebe, apenas auferirá os benefícios do acordo.

Isso é o que ocorre com os contratos de doação pura e simples, v.g. uma pessoa se dirige ao cartório e realiza uma doação de parte dos seus bens a uma instituição de caridade, sem sequer consultar esta sobre o que está a fazer. Nota-se, que nesta hipótese, apenas o seu patrimônio sofre redução, enquanto que o da instituição é acrescido.

3.3 Os princípios informadores do contrato

O estudo dos princípios contratuais serve para que entendamos a conjugação da mecanicidade contratual, com a sua efetiva aplicação no meio social e econômico, pois como já vimos, trata-se de um instrumento de transformação na vida das pessoas, direta ou indiretamente.

Ademais, como já observamos, existem duas espécies de princípios, os gerais, e os específicos. Porém, haja vista ser o nosso trabalho um recorte do direito contratual, nos ocuparemos em observar, apenas os princípios inerentes a tal ramo; mas, sem deixar de já salientar, a necessidade do respeito aos princípios gerais do direito, que por sua vez, regem todas as relações econômicas, jurídicas e sociais.

Posto isso, iniciaremos pelo princípio mais importante do contrato, o Princípio da autonomia da vontade, seguido dos dois mandamentos delimitadores dessa autonomia, o da supremacia da ordem pública e o da função social do contrato, passando posteriormente pelos seguintes: Princípio do consensualismo; Princípio da obrigatoriedade do contrato; Princípio da relatividade dos efeitos do contrato; Princípio da probidade e o Princípio da boa-fé.

Conforme já observamos, o contrato é uma das fontes das obrigações, e estas, são oriundas da vontade das partes que contratam. Sabemos ainda, que o contrato faz lei entre as

partes, pois cria direitos e deveres para ambas. Desta forma, uma questão se apresenta: O que faz com que as partes tenham o poder para decidir como, quando e com quem contratar?

Pois bem, o Princípio da autonomia da vontade vai ao encontro dessa indagação, pois sendo o contrato, lei entre as partes contratantes, atribuindo inclusive, responsabilidades para ambas, é de suma importância que o indivíduo possua total liberdade para decidir sobre todos os atos e responsabilidades inerentes ao contrato.

Diniz, Maria Helena (2014, p.41), ensina que este princípio baseia-se na liberdade contratual dos indivíduos, dando-lhes poder para contratar e estipular as condições que melhor atendem aos seus anseios e, se perfaz mediante três acepções:

A primeira delas, “A liberdade de contratar”, permite ao indivíduo decidir sobre transacionar ou não, o que é relativizado em alguns casos, *v.g.* imposição da lei quanto a contratação de um seguro.

Posteriormente, temos a “liberdade de escolher o outro contraente”, isso permite ao ente, fazer negócio com quem quiser. Porém, tal liberdade também se mostra relativizada em alguns casos, como no exemplo trazido pela professora supracitada: “hipóteses de serviço público concedido sob-regime de monopólio” (DINIZ, 2014, p.41).

Esta vertente do princípio em tela permite a escolha sobre, com quem contratar, podendo inclusive, escusar-se de realizar o negócio, ao constatar, por exemplo, que aquele contratante em potencial, tem má reputação, por ser um inadimplente habitual.

Por fim, temos a “liberdade de fixar o conteúdo contratual”, que possibilita ao contraente, a escolha de qualquer das modalidades contratuais permitidas pela lei ou não vedadas por ela, bem como, de dilatar ou reduzir os efeitos do vínculo contratual, conforme seus interesses e as peculiaridades da transação.

Porém, vale lembrar que o legislador limitou a atuação dos contraentes, indicando que todo contrato deve respeitar os limites impostos pela supremacia da ordem pública, o que traz a baila o princípio que leva este nome, e, como lembra Diniz, Maria Helena (2014, p.42), impede que as avenças contrariem a ordem pública, a moral e os bons costumes, fazendo com que a vontade das partes, esteja subordinada aos interesses da coletividade.

Constata-se então, que o Princípio da autonomia da vontade não é absoluto, e isto se dá, graças à detecção realizada no século passado, de que a liberdade para contratar, fruto da igualdade jurídica que o liberalismo instituiu, provocava desequilíbrios gritantes nas relações contratuais, sobretudo, quando havia desigualdade econômica entre os contratantes.

Diante disso, como salienta Gonçalves (2017, p.43), os movimentos sociais fomentaram a criação de leis garantidoras da supremacia da ordem pública, da moral e dos

bons costumes, nos setores mais vitais da sociedade, v.g. Lei do Inquilinato, Lei da Usura, Lei da Economia Popular, Código de Defesa do Consumidor, etc.

Segundo a doutrina, as normas de ordem pública são as que regem a manutenção da harmonia social, sem as quais, a sociedade não existiria. Portanto, se perfazem naquelas inerentes à família, economia, política, trabalho etc. como lembra Gonçalves (2017, p.45).

Por sua vez, as normas que regulam os bons costumes, são aquelas que preservam as condutas sociais, e são moldadas pelo sentimento moral da coletividade de determinada época, em uma sociedade. Devemos então concordar, que ambas zelam pela harmonia social e, diante disso, toda disposição contratual que as contrarie deve ser expurgada do contrato.

A propósito, o Código Civil preceitua em seu artigo 421 que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Nota se, que o legislador disciplina o presente princípio, atribuindo a função social ao contrato, que por sua vez, é outro mandamento limitador da autonomia da vontade, e tem a mesma finalidade do princípio acima observado.

Denota-se neste dispositivo, um mecanismo de freio às intensões mais exaltadas de contraentes impulsivos, tendentes a transgredir, conscientemente ou não, a ordem pública. Ou seja, é um limite àqueles que poderiam usar da liberdade de contratar para, á qualquer custo, fazer prevalecer seus interesses particulares. Neste sentido, por sinal, ensina Venosa:

[...] o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade. (VENOSA, 2011, p.384)

A função social do contrato é uma concepção inovadora no âmbito do direito civil e consequentemente contratual, já que antes do Código Civil de 2002, buscava-se resguardar apenas os interesses individuais de quem contratava.

O diploma civil de 1973 era patrimonialista. Paradigma este, superado com o atual Código Civil, que por sua vez, tutela primeiramente os valores sociais, ou seja, vai muito além dos interesses individuais, percebendo os efeitos extracontratuais do negócio jurídico que, embora realizado entre pessoas determinadas, repercute além de suas margens.

Em outras palavras, a função social do contrato, exprime a ideia de que o contrato tem, antes de tudo, uma finalidade social, e que, dentro da lei, podemos formular contratos na forma que quisermos desde que seus efeitos não ultrapassem os limites do bom senso. Sobre isso, aprendamos com Caio Mário *apud* Gonçalves, *in verbis*:

a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, [...]. (GONÇALVES, 2017, p 25)

Como exemplo de um contrato que não observa o seu fim social, imagine-se a hipótese de contratação de um DJ para tocar em uma festa, das 22:00h às 06:00h de uma segunda feira, em um bairro residencial. Observa-se um acordo que não atinge a sua função social, já que os efeitos da contratação perturbarão o sossego dos moradores dos arredores do local, caracterizando inclusive, contravenção penal (art. 42 da lei nº 3.688/41).

Não menos importante, temos o Princípio do consensualismo, que por sua vez, faz com que o contrato esteja formado a partir do momento em que as partes aceitam seus termos.

De forma mais objetiva e clara, este princípio tem o condão de definir, que a formação do contrato se dá a partir da demonstração de consentimento por cada contraente, o que leva ao consenso mútuo, independentemente de posterior cumprimento das prestações, v.g. “compra e venda na feira livre” onde, no momento em que o comprador questiona o valor do objeto e aceita pagá-lo, dá-se por formado o contrato, pois restou demonstrado o consenso entre o feirante e o comprador. Assim sendo, deste momento até a efetiva troca do dinheiro pelo produto, passa-se a fase de cumprimento ao que o consenso determinou. Inclusive, sobre este assunto Gonçalves ensina, *in verbis*:

A compra e venda, por exemplo, quando pura, torna-se perfeita e obrigatória, desde que as partes acordem no objeto e no preço (CC, art. 482).

O contrato já estará perfeito e acabado desde o momento em que o vendedor aceitar pagar o preço oferecido pela coisa, independentemente da entrega desta.

O pagamento e a entrega do objeto constituem outra fase, a do cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes (CC, art. 481). (GONÇALVES, 2017, p.45/56)

Passando a outro princípio contratual, talvez o mais importante para o nosso trabalho, pois leva à efetivação do *Pacta Sunt Servanda*, temos o Princípio da obrigatoriedade do contrato, também conhecido como Princípio da força obrigatória do contrato.

O presente mandamento impõe aos contratantes o dever de cumprimento da palavra empenhada no acordo, ao passo que a lei, confere o direito de execução patrimonial contra o inadimplente.

Não obstante, além de executar a obrigação, o contratante pode valer-se de um novo acordo, ou de eventos que fogem ao controle humano, (caso fortuito ou força maior), para desincumbir-se dela e desvincular-se do contrato, como leciona Marques *in verbis*:

A ideia da força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontades ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito. (MARQUES, 2005, p.62)

Deveras a vontade ser fundamental na geração da obrigação, na concepção clássica do contrato, ela não age só, mas em conjunto com a lei, pois, como diz a autora retrocitada (MARQUES, 2005, p.63), o juiz não tem a função de adequar à equidade, as vontades das partes, mas tão somente de respeitá-las e zelar para que sejam atingidos os efeitos buscados por ambas. A lei, apenas dá validade e força á vontade dos contratantes.

Neste sentido, Gomes (2001, p.36) diz que o Princípio da força obrigatória é baseado na regra de que o contrato é lei entre as partes, e que, respeitados os ditames legais, o que lhe confere validade jurídica, o contrato deve ser executado pelos contratantes, “como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.

Por sua vez, Pereira *apud* Gonçalves (2017, p.48) observa que o Princípio da força obrigatória confere irreversibilidade á palavra empenhada. Assim sendo, convenhamos concordar que um acordo se solidifica em duas ou mais palavras confiadas.

Gonçalves (2017, p.48) por seu turno, destaca que este princípio assenta-se na necessidade de segurança nos negócios, lembrando que os contratos não existiriam, se houvesse alguma chance de o contratante furtar-se de cumprir a palavra dada.

Ou seja, interpretado de forma literal, como na concepção tradicional do contratualismo, o Princípio da força obrigatória do contrato atua como um agente coercitivo sobre a vontade dos contratantes. Sendo assim, a partir do momento em que ambos fazem uso da liberdade para contratar, usufruindo direitos e contraindo obrigações, encontram-se presos ao contrato até o momento em que quebram as correntes, seja por execução da prestação que lhe cabe, ou pelos meios alternativos que comentamos á pouco.

Porém, a concepção clássica do contratualismo foi drasticamente relativizada pelo Princípio da supremacia da ordem pública, que, como já estudado, alça os interesses da coletividade acima dos individuais. Neste diapasão, toda condição contratual que coloque em cheque algum interesse da coletividade, automaticamente perde obrigatoriedade.

A teoria da imprevisão, orientadora da cláusula *rebus sic stantibus*, fixada no artigo 317 do Código Civil, é um dos mecanismos que relativizam a obrigatoriedade contratual. Ela dá ao juiz, poder para revisar as condições que, por acontecimento posterior, tornaram-se penosas demais, liberando assim, o contratante que era incumbido de realizá-la.

Outro importante princípio contratual é o da relatividade dos efeitos do contrato. Tal mandamento age como um limitador dos efeitos contratuais nos interesses de terceiros, portanto, estranhos ao acordo, isto é, com algumas relativizações.

Fraga (2006, p.23), observa que o presente princípio é ligado a doutrina individualista da autonomia da vontade, já que, enquanto este dá poder aos contraentes para contratar da forma que quiser e com quem bem entender, àquele, delimita os efeitos do acordo às partes e seus respectivos patrimônios.

A ideia do presente princípio, é que os efeitos do contrato jamais vinculem entes que não façam parte de sua formação, o que, por sinal, era pregado pelo Código Civil de 1916 que, inclusive, comportava algumas exceções ainda existentes, quais sejam, as estipulações em favor de terceiros e as convenções coletivas de trabalho.

Porém, deve-se lembrar que com o advento do atual diploma civil, que como se sabe, é enquadrado nos preceitos sociais da Constituição de 1988, tal princípio restou relativizado, haja vista a prefixação, mesmo que de forma implícita, das cláusulas gerais que resguardam os interesses da coletividade, com base na função social do contrato. Neste sentido inclusive, Fraga justifica a relativização do princípio em comento, observando o seguinte: “[...] os efeitos contratuais, fruto dos direitos e obrigações queridos e pretendidos pelas partes, se irradiam por toda sociedade”. (FRAGA, 2006, p.23)

Desta forma, pode-se dizer que o princípio em tela, que outrora reinava absoluto, foi modulado e restringido pelo atual sistema jurídico, em nome do bem comum.

Por último, observaremos conjuntamente dois mandamentos principiológicos que se completam, o Princípio da probidade e o Princípio da boa-fé. Inclusive, o último já foi objeto de estudos no presente trabalho (vide princípios informadores do CDC).

Ambos os princípios, possuem o condão de fazer com que os contratantes, busquem zelar pela efetiva realização mútua dos desejos que lhes fizeram contratar. Isto é, na formação, na execução e na extinção natural do contrato.

As sábias palavras de Rizzardo bem delineiam a respeito, vejamos:

As partes são obrigadas a dirigir a manifestação de vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem uso de subterfúgios ou intenções outras que não expressas no instrumento formalizado. (RIZZARDO, 2006, p.32)

Ademais, o legislador preocupou-se em expressar no Código Civil, mais precisamente no artigo 422, a necessidade de os contratantes observarem constantemente os

presentes mandamentos, *in verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Busca-se, portanto, a manutenção da ordem natural das coisas, no sentido de buscar a satisfação plena dos contratantes, devendo ambos, para isso, procederem de forma ética e respeitosa no trato do negócio.

Segundo o autor supracitado (RIZZARDO, 2006, p.33) a probidade compreende a justiça, o equilíbrio e a comutatividade das prestações. O que leva à observação, de que as partes devem zelar pela finalidade natural do contrato, ou seja, possibilitar realizações, onde, nenhuma de ambas, busque por meio da avença, obter vantagens imorais e até ilícitas.

O Princípio da boa-fé, já estudado no presente trabalho, possui duas vertentes, e a adotada pelo CDC é a objetiva, que se perfaz precipuamente na conduta legal e moral do contratante, enquanto que a subjetiva, diz respeito ao foro íntimo do mesmo, ou seja, á sua ignorância sobre certo aspecto “modificador, impeditivo ou violador de seu direito” como ensina Nunes (2005, p.520).

O Princípio da boa-fé objetiva busca preservar a transparência e clareza das cláusulas contratuais. O que faz observar, que este princípio e o da probidade se completam, pois é de se concordar, que não há equilíbrio, justiça e comutatividade das prestações, se existir má-fé das partes na interpretação das cláusulas fixadas no contrato.

Diante disso, ambos os princípios, devem ser colocados em prática, a partir do momento em que os contraentes buscam mutuamente a satisfação de seus anseios. Em outras palavras, a partir da negociação prévia. Assim sendo, é deveras importante observarmos que tal satisfação só pode ser alcançada com a execução plena das obrigações estipuladas e assumidas pelas partes, levando conseqüentemente à extinção natural do contrato.

Cabe observar ainda, que tais princípios regem também a fase pós-contratual, ou seja, orienta aos contratantes a agirem eticamente desde a formação do contrato até a sua efetivação plena, isto é, preservando a parte contrária de eventuais prejuízos posteriores.

Ademais, os princípios em tela são voltados a atender o interesse social, no que diz respeito à segurança das relações jurídicas, de certa forma, que a honestidade e a lealdade devem ser observadas constantemente, para que sejam evitadas potenciais divergências contratuais, que poderiam levar as partes ao conflito, inclusive até judicial, causando, além de desgaste e transtornos, perda de tempo e dinheiro.

3.4 O contrato de adesão

Vimos que contrato é uma espécie de negócio jurídico e que se resume a uma das fontes das obrigações. Observamos também, que existem algumas formas de contrato previstas no ordenamento jurídico e outras não observadas, mas não vedadas legalmente.

O contrato de adesão é uma modalidade de instrumento contratual prevista no ordenamento jurídico brasileiro (art. 423 e 424 CC; 54 CDC). Porém, consiste em um modelo contratual singular e específico, por restringir o Princípio da autonomia da vontade, haja vista, que as estipulações que o constitui são formuladas por um dos contraentes, apenas. Enquanto que no modelo clássico, ou seja, paritário, as partes discutem e estipulam seus termos. Neste sentido, Venosa bem ensina, vejamos:

É o típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. Essa modalidade não resiste a uma explicação dentro dos princípios tradicionais de direito contratual, como vimos. O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante. (VENOSA, 2006, p. 380)

Observa-se, que na adoção do contrato de adesão, enquanto um dos contraentes o formula, estabelecendo as cláusulas que bem entende, o outro vem ao negócio sem ter liberdade para postular, devendo apenas sujeitar-se às condições que lhe são impostas. Ou seja, o aderente tem um único ato a realizar, “aceitar tudo e contratar” ou “não aceitar nada e rechaçar o negócio”, como também salienta Gonçalves, *in verbis*:

Contratos de *adesão* são os que não permitem essa liberdade, devido à preponderância da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. O outro adere ao modelo de contrato previamente confeccionado, não podendo modificá-las: aceita-as ou rejeita-as, de forma pura e simples e em bloco, afastada qualquer alternativa de discussão. (GONÇALVES, 2017, p.98, grifo do autor)

Quanto a sua empregabilidade, o contrato de adesão é utilizado nos ramos, empresarial, público e consumerista, porém, com maior frequência neste último, o que justifica sua previsão no CDC.

Tratando especificamente do uso do contrato de adesão na relação de consumo, deve se observar que isso se dá pelo motivo de o meio consumerista funcionar de maneira massificada, muito por causa da necessidade de lucro das organizações e da revolução industrial e tecnológica, fatores que incitam a produção e comercialização em grande escala.

Para isso, os fornecedores ofertam seus produtos e serviços por meio da publicidade em massa, e abreviam ao máximo, o tempo gasto a cada transação, o que demanda uniformidade e padronização dos atos comerciais.

Inserido neste meio, o contrato de adesão atende a necessidade de objetividade exigida pelo fornecedor, haja vista a facilidade em que pode ser aplicado aos negócios, pois consiste em um contrato previamente preparado pelo ofertante, isto é, com todas as condições para a efetivação do negócio, além das informações sobre o produto ou serviço, estas, inclusive, por exigência da lei; para ser submetido á relação jurídica futura, que se forma quando o consumidor é seduzido pela oferta.

Em outras palavras, o contrato de adesão acompanha o produto ou serviço, pois é vinculado à oferta lançada ao público e se perfaz em um formulário com cláusulas gerais e padronizadas, para ser submetido a um número indeterminado de consumidores, que por sinal, sequer são conhecidos no momento de sua criação, e as únicas informações que recebe ao ser submetido a uma relação jurídica, são as inerentes á qualificação do consumidor.

Gomes (2001, p.118/119) delinea as três principais características do contrato de adesão, que por sua vez, tornam o instrumento em tela, um meio facilitador dos negócios, a ponto de ser largamente utilizado no meio consumerista, são elas:

a) Uniformidade: Para ser empregado ás relações de consumo criadas pela sedução da oferta e, para que a coletividade aceite de maneira passiva as condições propostas, o conteúdo do contrato deve ser invariável.

b) Predeterminação das cláusulas: É requisito vital à caracterização do contrato de adesão, pois, segundo o autor (GOMES, 2001, p.118), a uniformidade, apenas, é incapaz de constituí-lo, já que as partes poderiam, em conjunto, criar um formulário, o que manteria a característica faltante ao contrato em tela, a paridade contratual. Assim sendo, apenas o preestabelecimento, por uma das partes, das condições contratuais, caracteriza o contrato de adesão.

c) Rigidez das condições: É necessária à manutenção da uniformidade contratual, na medida em que zela para que as condições contratuais não sejam alteradas a cada negócio, sob pena de desfiguração do contrato de adesão.

Porém, tendo em vista que no meio empresarial algumas readequações na oferta são necessárias, o que, invariavelmente reflete no contrato, o fornecedor é obrigado a cumprir alguns rituais para procedê-las.

Neste sentido, Diniz, Maria Helena (2014, p.109) explica que qualquer alteração nas condições da oferta, deve ser precedida de ampla divulgação ou aprovação das autoridades competentes, quando for o caso destas regerem seus contratos como, transporte, energia elétrica etc.

Diante de tudo isso, importa dizer que, com todas as facilidades que o contrato de adesão proporciona aos negócios, pelo menos para o fornecedor, dificilmente terá seu uso reduzido ou abolido das relações de consumo.

3.5 As cláusulas abusivas e a relativização do “Pacta Sunt Servanda”

Sabe-se que, em razão da posição econômica elevada e da necessidade de resultados cada vez mais lucrativos, é maciça a adoção do contrato de adesão pelo fornecedor, o que possibilita a este, manipular o conteúdo contratual como melhor lhe convém, já que, como já vimos, o conteúdo do contrato é preestabelecido por ele.

Convém concordar então, que esta situação aumenta consideravelmente a probabilidade de que sejam estipuladas cláusulas preferencialmente guarnecedoras dos direitos da organização empresarial.

Neste diapasão, o fornecedor pode deixar de observar alguns preceitos legais, principiológicos e, até mesmo os bons costumes, para fixar nos formulários contratuais, algumas cláusulas que oneram demasiadamente o consumidor, desequilibrando ainda mais a relação de consumo que, como sabemos, é desproporcional desde a sua configuração. Inclusive, Marques leciona neste sentido, vejamos:

As cláusulas contratuais assim elaboradas não têm, portanto, como objetivo realizar o justo equilíbrio nas obrigações das partes – ao contrário, destinam-se a reforçar a posição econômica e jurídica do fornecedor que as elabora. (MARQUES, 2005, p.159)

Diante disso, o CDC baseia-se nos Princípios da boa-fé, do equilíbrio e da função social do contrato, para inibir algumas disposições contratuais malélicas, trazendo em seu artigo 51, um rol exemplificativo de cláusulas abusivas que, como lembra Tartuce (2014, p.295), substitui o termo *cláusulas leoninas*, atribuindo a elas, nulidade absoluta, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III - transfiram responsabilidades a terceiros;

- IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Nota-se, que em todas as hipóteses elencadas, há a previsão de fato prejudicial ao consumidor, seja direta ou indiretamente, v.g inciso XIV, o que se explica com o caráter público e o interesse social do CDC.

Ademais, no *caput* do dispositivo colacionado, podemos notar que, além de indicar que o rol é exemplificativo, possibilitando ao juiz a identificação de nulidades não listadas com base nos Princípios da boa-fé, equidade, supremacia da ordem pública, entre outros, o legislador atribui nulidade absoluta às cláusulas que porventura fixem as hipóteses que seguem o enunciado, impondo nulidade de pleno direito a elas.

Isso chama a atenção para o fato de que o CDC, ao contrário do Código Civil, abriu mão da anulabilidade como salienta Nunes (2005, p.553), simplesmente pelo fato de se tratar de um diploma de ordem pública e interesse social, logo, incompatível com a anulabilidade, já que esta, por sua vez, versa sobre interesses particulares, apenas.

Porém, para que entendamos a incidência da nulidade na cláusula abusiva, é mister que conheçamos as duas espécies de nulidade.

Segundo Farias (2011, p.601), nulidade e anulabilidade “são espécies do gênero *invalidade* do negócio jurídico”. Diante disso, devemos lembrar que a invalidade decorre da falta de observação aos requisitos do artigo 104 do CC, que por sua vez, são necessários para que o negócio propague efeitos jurídicos.

Ademais, a invalidade do negócio jurídico pode ser grave ou leve, sendo que a sua gravidade é que definirá qual espécie de nulidade lhe acarretará.

Orlando Gomes *apud* Diniz, Maria Helena (2011, p.577), ensina que nulidade é uma sanção “imposta” pelo ordenamento jurídico, que priva de eficácia jurídica, os negócios idealizados em desconformidade com a lei.

Neste diapasão, a nulidade absoluta é imposta pelo ordenamento civil brasileiro, ao negócio jurídico eivado de vício grave, que como observa Diniz, Maria Helena (2011, p.577), ofende princípio de ordem pública. Assim sendo, a invalidade do negócio jurídico interessa á coletividade, pois há um interesse maior que o individual sobre ele.

Por consequência disso, a ação declaratória de nulidade absoluta, (declaratória porque se resume a declarar que o negócio nunca gerou efeitos), pode ser provocada pelas partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado (art. 51 §4º CDC), sendo mister, que este último comprove seu interesse de agir como lembra Nader (2004, p.525). Além disso, a nulidade em comento pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado, se o mesmo detectá-la em um negócio que já esteja sob análise judicial, pois ela opera *ipsa vi legis*.

Ademais, a nulidade absoluta não é sanável com o decorrer do tempo, ou seja, não prescreve (art. 169 CC), desta forma, pode ser arguida pelos legitimados, ou reconhecida pelo juiz a qualquer tempo. E por ser uma declaração de nulidade, a sentença tem efeitos *ex tunc*, isto é, retroage á criação do negócio, fazendo com que as partes retornem ao *status quo*.

Por outro lado, a nulidade relativa, como ensina Gagliano (2006, p.439), “padece de vício menos grave, por violar interesses meramente particulares”.

Essa nulidade mais branda decorre de vícios de vontade, de incapacidade relativa do agente como dispõe o artigo 171 do Código Civil, e de outras hipóteses elencadas por este diploma, pois, apesar de macularem o negócio, não interferem no âmbito extra negocial.

Diante disso, a nulidade relativa, ao contrário da absoluta, não opera *ipsa vi legis*, não podendo então, ser reconhecida de ofício pelo juiz, muito menos suscitada pelo Ministério Público ou por terceiros. Apenas a parte que não lhe deu causa pode buscar sua anulação.

Nota-se, que diferentemente da nulidade absoluta, a parte legitimada pede a anulação do negócio e não a declaração de nulidade, pois, sendo anulável, o negócio surte efeitos normalmente desde a criação. Além disso, a sentença que o anula, tem efeitos *ex nunc*.

Ademais, sendo anulável, o negócio jurídico é suscetível de convalidação voluntária ou legal (art. 172, 178 e 179 CC). Onde, naquela, as partes o ratificam, isto é, ressalvados os direitos de terceiro, e nesta, o prazo para a anulação judicial sofre decadência.

Diante de tudo isso, é de se salientar que, embora a nulidade adotada pelo CDC seja espelhada no Código Civil, o diploma consumerista inovou em alguns aspectos.

Uma dessas inovações toca a respeito da preservação do negócio jurídico preceituada pelo CDC, onde, com base no Princípio da conservação, o juiz decreta a nulidade da cláusula abusiva tão somente, preservando o negócio jurídico como um todo, isto é, à exceção da hipótese mencionada pelo parágrafo 2º do artigo 51, *in verbis*: “quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Isso nos leva ao tema central de nosso trabalho, pois o CDC estipula uma gama de hipóteses que afastam a obrigatoriedade contratual por parte do consumidor, haja vista, a sua vulnerabilidade na relação, sobretudo, quando o contrato adotado é o de adesão.

Diante disso, pode-se notar que, retirando a obrigatoriedade de algumas disposições contratuais, e mantendo o contrato em suas partes saudáveis, o CDC afasta parcialmente a incidência do *Pacta Sunt Servanda*, pois o contrato, em regra, não deixa de existir por influência do Princípio da conservação do negócio jurídico.

Corroborando a este raciocínio, é possível detectar posicionamentos na doutrina e na jurisprudência, senão vejamos:

Tartuce (2014, p.296) observa que o artigo 51 do CDC é um dispositivo que alivia a força obrigatória do contrato em nosso ordenamento jurídico, diminuindo a ingerência dos contratantes ante a poderosa intervenção do Estado no conteúdo do contrato.

O fato de o autor mencionar o termo “alivia”, denota a atenuação da obrigatoriedade do contrato e não a sua extinção. Ou seja, a obrigatoriedade contratual continua existindo, desde que o que ela vincula, não desequilibre a relação contratual, colocando em xeque a ordem pública e o interesse social.

Aliás, ao comentar o Princípio da função social do contrato, o próprio autor (TARTUCE, 2014, p.262), observa que é inadmissível que nos dias atuais, o acordo seja tratado como um simples regulamentador da vontade dos contratantes. E completa dizendo, que a evolução a que a sociedade foi submetida, requer que o contrato seja interpretado segundo o ambiente em que está inserido.

Muito por isso, ele reforça o sentimento de que o CDC protege o contrato de consumo, “mitigando” como ele mesmo diz (TARTUCE, 2014, p.262), a premissa de que o contrato faz lei entre as partes.

No mesmo sentido, ao comentar as ofensas aos princípios fundamentais do sistema jurídico, Braga Netto (2017, p.458) observa que o Princípio a autonomia da vontade é restringido pelo CDC, o que se dá, pela sua função de zelar pela proteção ao consumidor.

Além disso, lembra que a liberdade de contratar, segundo o artigo 421 do Código Civil, deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, o que segundo

ele, denota a distância a que estamos da absolutividade da regra orientada pelo *Pacta Sunt Servanda*, qual seja, a de que o contrato faz lei entre as partes.

Marques (2005, p.275) por sua vez, ao abordar o tema, observa que ao contrário da visão tradicional do contrato, onde a vontade dos contratantes era a “pedra angular” da avença, a noção social de contrato que vivenciamos, assenta-se nos preceitos legais, pois é a lei que delimita a autonomia da vontade e o espaço destinado a ela. Ou seja, a concepção social do contrato sobrepõe o interesse da sociedade ante ao individual como já estudado.

Neste diapasão, a sábia doutrinadora retrocitada (MARQUES, 2005, p.275) completa sua análise, observando que a lei dá ao juiz, autonomia e liberdade para interagir no conteúdo contratual, incinerando as cláusulas abusivas e recompondo as lacunas com a norma legal supletiva. E concluindo, lembra que resta relativizada aquela noção contratual clássica de que o conteúdo do contrato não pode ser modificado, a não ser por novo acordo.

No mesmo sentido é possível notar a relativização do Princípio da obrigatoriedade nos ensinamentos de Khouri, quando, ao analisar as cláusulas abusivas do artigo 51 do CDC, observa que, existindo cláusula nula ou abusiva no contrato, e levando em consideração que a nulidade não produz efeito, pode o consumidor deixar de cumprir a avença, apenas no que diz respeito a esta nulidade (KHOURI, 2005, p.122).

Nota-se nas entrelinhas, a presença da limitação ao *Pacta Sunt Servanda*, pois a abusividade grave, como já vimos, reveste a cláusula de nulidade absoluta, e sendo nula, a mesma é inofensiva, ou seja, não é apta a obrigar ninguém a nada.

Barros (2014, p.26) em seu trabalho de conclusão de curso, a exemplo da doutrina, observa que o Princípio da obrigatoriedade resta atenuado sob a ótica do contratualismo social, onde a lei, a doutrina e a jurisprudência, limitam o *Pacta Sunt Servanda* em nome do equilíbrio contratual.

Neste diapasão, Filomeno (2005, p.201) elenca algumas regras básicas do contrato de consumo, levando em consideração, como ele mesmo diz, “uma visão panorâmica da proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor”, o que denota claramente a relativização do *Pacta Sunt Servanda*, observemos:

O consumidor somente estará obrigado ao cumprimento do contrato se tiver tido a oportunidade de conhecer previamente o conteúdo de suas cláusulas.

O consumidor somente estará obrigado ao cumprimento de determinada cláusula se sua redação não lhe dificultar a compreensão do sentido dos direitos das partes.

O consumidor somente estará obrigado ao cumprimento de determinada cláusula contratual se ela lhe permitir entender o alcance dos direitos das partes.

Se determinada cláusula contratual limitadora de direitos não for grafada em destaque, não obrigará o consumidor ao seu cumprimento.

Se os termos de determinada cláusula não forem claros, a ela não se obrigará o consumidor.

Se os caracteres de determinada cláusula contratual não forem ostensivos e legíveis, ela será inoperante contra o consumidor. (FILOMENO, 2005, p.201)

É possível observar, que segundo os ditames do CDC, a obrigatoriedade das condições contratuais que forem contra os preceitos que o referido diploma jurídico protege, é afastada. Ou seja, não há que se falar em efetivação do *Pacta Sunt Servanda*, pelo menos no que diz respeito às cláusulas em questão, pois, em regra o contrato é conservado.

O judiciário, por sinal, já se intrometeu no conteúdo de inúmeros contratos para reequilibrá-los, e, sobre isso, Braga Netto sabiamente observa, vejamos:

É possível perceber que os contratos, cada vez mais, por obra da jurisprudência, estão deixando de ser intocáveis – tal como queria o “*pacta sunt servanda* – buscando concretizar um real equilíbrio material entre as prestações. (BRAGA NETTO, 2017, p.463)

Diante disso, vamos a algumas decisões que intervirem no conteúdo contratual, para resguardar interesses do consumidor, declarando a nulidade de cláusulas abusivas:

Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ementado nos seguintes termos: “APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. TERMO DE ADESÃO AO REB e reg/replan saldado. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. APELAÇÃO. TERMO DE TRANSAÇÃO. INEFICÁCIA NO TOCANTE A RENÚNCIA DE DIREITOS. APLICAÇÃO DO CDC. Apesar de válido o termo de transação celebrado e objeto da discussão da demanda, a cláusula de renúncia a direitos, por parte do associado, hipossuficiente, não pode vigor, implicando no reconhecimento da nulidade dessa cláusula abusiva. DO AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO (CESTA-ALIMENTAÇÃO, DÉCIMA TERCEIRA CESTA ALIMENTAÇÃO, CESTA ALIMENTAÇÃO ADICIONAL OU BONUS ALIMENTAÇÃO). Não há possibilidade de inclusão da parcela referida, tendo em vista seu caráter indenizatório resultar na ausência de prévio custeio. DO PREQUESTIONAMENTO. O magistrado não está obrigado a esgotar exhaustivamente todos os argumentos e normas legais invocadas pelas partes, quando o julgado houver sido proferido com substancial fundamentação. No entanto, dou por prequestionadas todas as questões e dispositivos legais objetos nas

manifestações das partes. RECURSO ADESIVO. Com a improcedência total dos pedidos formulados pela parte autora, carece o réu de interesse recursal, razão pela qual o recurso adesivo não será conhecido. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO”. (eDOC 12, p. 37) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se violação ao art. 5º, XXXVI, do texto constitucional. Nas razões recursais, alega-se que houve ofensa ao ato jurídico perfeito, uma vez que os recorridos se vincularam contratualmente no sentido de se abster de propor demanda judicial postulando o recebimento de valor que foram objeto da transação (eDOC 13, p. 82). É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. O Tribunal de origem, ao examinar a legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Código de Processo Civil) e o conjunto probatório constante dos autos, bem como ao interpretar cláusulas contidas no termo de transição REB e REG/REPLAN, consignou que é válido o termo de transação, mas ineficaz tão somente as cláusulas restritivas dos direitos do beneficiário (eDOC 12, p. 51). Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado: “São aplicáveis as previsões do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica mantida em as partes e objeto da demanda, entendimento consolidado no STJ. Apesar da livre concordância da parte autora em migrar de plano, não pode a mesma ver-se privada de ingressar em juízo para discutir direitos aos quais acredita estar sendo prejudicada, ante o disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. E mais, as modificações dos termos do contrato não podem retirar direitos, sem que haja a perfeita aceitação e compreensão de todas as conseqüências do momento e do futuro. Assim sendo, entendo ser nula de pleno direito a parte inclusa na cláusula que implica renúncia ou disposição de direitos, aliás, regra expressa no CDC. Esclareço que com relação ao restante, isto é, a própria migração do plano de origem para o novo plano, permanece vigente, pois não houve, ou pelo menos não há nenhuma prova constante nos autos, de que tenha ocorrido qualquer coação por parte da entidade de previdência privada para que a parte optasse pela troca de plano. Com efeito, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, cabe a parte autora a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito. Desta forma, a demonstração do defeito no negócio jurídico – erro, dolo ou coação - era incumbência sua, o que, todavia, não logrou êxito em comprovar. Além disso, o Código Civil Brasileiro – Lei 10.046/2002 – estabelece em seu art. 138 e seguintes a possibilidade de anulação do negócio jurídico em decorrência da verificação de algum defeito na manifestação da vontade do contratante. Todavia, a tese da parte autora não encontra embasamento, visto que o acordo de transação de planos realizado entre as partes não foi revestido de qualquer mácula. Todas as regras estavam esclarecidas nos Termos de transição REB e REG/REPLAN Saldado, o qual fora assinado pela parte autora. Cumpre ressaltar, neste ponto, que o termo previa benefícios pela transação, que foi anuído pela parte autora (Pecúlio Transação e Benefício Único Antecipado). Assim, inviável acolher o pedido inicial, tendo em vista que não restou comprovada qualquer causa de anulação do negócio jurídico entabulado entre as partes, bem como porque ensejaria o enriquecimento ilícito da parte autora, que recebeu valores quando da transação. Diante do exposto, é de se reconhecer válido o termo de transação, mas ineficaz tão somente as cláusulas restritivas dos direitos do beneficiário, como referido”. (eDOC 12, p. 13-15) Assim, verifica-se que a matéria debatida no acórdão recorrido restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria

reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Além disso, divergir do entendimento firmado pelo tribunal de origem demandaria o reexame do acervo fático-probatório e das mencionadas cláusulas contratuais, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Nesses termos, incidem no caso as Súmulas 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. EXTENSÃO AOS INATIVOS DE BENEFÍCIO CONCEDIDO A TRABALHADORES EM ATIVIDADE: AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. NATUREZA DA CESTA ALIMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS NS. 279 E 454 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (ARE 901089-AgR/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 17.11.2015) “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. EXTENSÃO A INATIVOS DE VANTAGENS CONCEDIDAS EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO RE 659.109-RG. 1. A complementação de aposentadoria, quando sub judice a controvérsia sobre a extensão aos inativos de benefícios concedidos indistintamente aos empregado ativos em razão de acordo ou convenção coletiva de trabalho, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário virtual do STF, na análise do RE n. 659.109-RG, do qual fui relator para o acórdão. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL S.A. AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO. VERBA DE CARÁTER REMUNERATÓRIO EXTENSIVA AOS INATIVOS PRELIMINARES”. 3. Agravo regimental DESPROVIDO.” (ARE 826636-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29.10.2014) Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 932, VIII, do NCPC, c/c art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 7 de junho de 2017. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente

(STF - ARE: 1053110 RS - RIO GRANDE DO SUL 0536865-38.2012.8.21.7000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 07/06/2017, Data de Publicação: DJe-124 12/06/2017, grifo nosso) (BRASIL, 2017)

No julgado acima, é possível notar claramente a intromissão do julgador no conteúdo contratual, a começar pela observação de que, mesmo válido o negócio, a cláusula de renúncia do direito ao ingresso no poder judiciário, para discutir possíveis violações a direitos, por parte do consumidor, é eivada de vício grave, portanto nula.

Ademais, pode se observar a afirmação do Ministro relator, de que a modificação das condições contratuais não pode extinguir direitos do consumidor, se a este não for dada a oportunidade de conhecer e opinar sobre cada cláusula.

Observa-se ainda, que o prolator da decisão emprega o Princípio da conservação do negócio jurídico, afirmando que o contrato permanece válido, na medida em que apenas as cláusulas limitadoras de direitos do consumidor, são nulas de pleno direito.

Vamos a outro julgado:

PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL E INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1.- Negativa de cobertura do procedimento indicado à autora ("osteossíntese"). Abusividade reconhecida. Alegação de que o procedimento envolve a utilização de materiais cuja cobertura foi excluída pelo contrato. Afastamento. Procedimento que se mostrou necessário à tentativa de restabelecimento da saúde da paciente. Aplicação do artigo 51, IV, do CDC, do Enunciado nº. 22 desta Câmara e da Súmula nº. 102 do TJSP. 2.- Ofensa, ainda, ao princípio da boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas. Atenuação e redução do princípio do pacta sunt servanda. Incidência do disposto no artigo 421 do Código Civil. SENTENÇA PRESERVADA, NOS TERMOS DO ART. 252 DO RITJSP. APELO IMPROVIDO.

(TJ-SP - APL: 0089755-15.2012.8.26.0002, Relator: Donegá Morandini, Data de Julgamento: 10/06/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/06/2014, grifo nosso) (SÃO PAULO, 2014)

Neste julgado, é possível observar o reconhecimento de uma abusividade iníqua, o que se torna mais claro, inclusive, com a afirmação posterior, de que tal cláusula contraria o Princípio da boa-fé. Por fim, observa-se a atenuação do Princípio do *Pacta Sunt Servanda*.

Nos dois casos é possível observar que o sistema jurídico brasileiro opta por manter a relação de consumo, conservando o contrato de adesão e apenas relativizando o Princípio da obrigatoriedade.

Neste diapasão, não é errôneo observar, que tal medida evita um desequilíbrio no sistema socioeconômico, pois vivemos em um mundo consumerista massificado, onde, qualquer medida estatal, seja administrativa, legislativa, executiva ou judiciária, que diga respeito a esse meio, mesmo que protegendo o consumidor, pode ter efeitos indesejados, não somente ao fornecedor, mas á toda coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho denota a importância, não somente do Código de Defesa do Consumidor, mas de todo o sistema regulamentador da relação de consumo e consequente proteção do consumidor, na manutenção da ordem econômica e social de nossa sociedade. Pois, como observamos, o seu crescimento passa diretamente pelo mercado consumerista, implicando no caráter social e interesse público do diploma em comento.

Isso não seria tão importante, se não vivêssemos em constante evolução tecnológica, econômica, e por consequência, social. Onde, movido pelo avanço da mídia apelativa, ou por mera necessidade, como na época do escambo, o indivíduo é impulsionado a ir ao mercado de consumo e expor-se aos procedimentos comerciais, que muitas das vezes é nocivo aos seus interesses e direitos.

Porém, apesar de nos dias atuais existirem ferramentas protetoras dos direitos do consumidor, nem sempre foi assim. Como observamos ao longo do trabalho, a regulamentação da relação de consumo é fruto de movimentos sociais, onde, necessitando recorrer ao mercado de consumo, e vendo que era corriqueiramente desrespeitado pelo fornecedor, o consumidor passou a pleitear uma maior intervenção do Estado na relação de consumo, visando reequilibrá-la. Estado este, devemos lembrar, que outrora tinha sido afastado das relações privadas pelos movimentos liberais.

Neste diapasão, abordamos o contrato de adesão, que é objeto de profunda intervenção estatal, já que é um importante instrumento utilizado pelo fornecedor, para objetivar e padronizar as relações de consumo, e que, apesar de existirem diversas ferramentas para a coibição de abusos, ainda é constantemente empregado para ludibriar o consumidor através de cláusulas pré-dispostas e maleficamente prejudiciais a este.

Diante disso, importa ressaltar a importância da utilização do instituto da nulidade absoluta, pelo CDC, que diferentemente do Código Civil, deixa de lado a nulidade relativa. Isso se mostra acertado, na medida em que não dá brechas para que o fornecedor possa, no dia a dia, vislumbrar uma oportunidade de convalidar as cláusulas abusivas do contrato de adesão que submete ao consumidor.

Também diferentemente do Código Civil, observamos que os efeitos da nulidade, ao incidir na relação de consumo, não invalidam o negócio jurídico em sua totalidade, mas somente as partes contaminadas pela abusividade, o que se dá por influência do Princípio da conservação do negócio jurídico.

Nota-se então, que através deste princípio, o famoso brocardo jurídico *Pacta sunt servanda*, que como vimos, orienta o Princípio da obrigatoriedade do contrato, é apenas relativizado no âmbito consumerista, pois o CDC preza pelo equilíbrio da relação de consumo, incidindo, portanto, na manutenção desta e não em sua incineração a qualquer indício de irregularidade.

Com isso, pode-se observar que a intromissão do Estado no conteúdo contratual, não retira totalmente a incidência do *Pacta sunt servanda*, já que o contrato continua regido pelos princípios contratuais clássicos, principalmente o da obrigatoriedade, de modo que o consumidor, não pode incorrer no erro de, ao perceber que se encontra protegido pelo diploma consumerista, partir para o consumo desenfreado e inconsciente, objetivando o descumprimento de suas obrigações contratuais.

Diante disso, destaca-se, que a não invalidação do contrato de adesão em sua totalidade, serve para que não se desequilibre a harmonia socioeconômica, levando-se em conta que os contratos de adesão são produzidos em massa e submetidos à coletividade.

Por fim, é oportuno salientar, que para que seja exercida a cidadania garantida pelo inciso II do artigo 1º da Constituição federal, é necessário que o Estado, por meio da função que lhe é atribuída pelo diploma jurídico pleno, qual seja, de manter a paz social, que por sua vez, entre outros fatores, necessita da harmonia no meio consumerista; esteja em constante vigilância e pronto a intervir na relação de consumo que se mostra desproporcional, seja por causa de cláusulas abusivas, caso em que o judiciário deve declarar a nulidade; seja por causa do surgimento de novos procedimentos abusivos, casos em que o Estado deve legislar para coibi-los.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa** . 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10º Ed. São Paulo: Editora: Malheiros Editores, 2009.

BARROS, Vanessa Menezes Kruta. **A relativização do princípio da obrigatoriedade perante a função social do contrato**. 2014. XX f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

BATISTA, Daniela Ferreira Dias. **A efetivação das normas de consumo como fator de proteção social**. 2015. 106 f. Dissertações (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de Consumo**. Lisboa: Edições 70, 2003.

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.

BORBA, Francisco da Silva. **Dicionário de usos do português do Brasil** . São Paulo: Ática, p. 2002.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 12. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo ARE 1053110 RS - RIO GRANDE DO SUL 0536865-38.2012.8.21.7000**. 2º Turma; Recorrente: Fundação dos Economistas Federais Funcef, Recorridos: Antonio Domingos Crespo Lorenzoni e outro(A/S). Rel. Min. Gilmar Mendes; Julgamento em 17/06/2017; Diário de Justiça Eletrônico 124 12/06/2017 <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471919856/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1053110-rs-rio-grande-do-sul-0536865-3820128217000>> acessado em_23/08/2017.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.

DINIZ, Carlos Augusto de Oliveira. **Reflexos do capitalismo no processo civil e suas implicações na efetivação do direito fundamental de proteção do consumidor**. 1. Ed. Curitiba, PR: CRV, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil.** 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral.** Nelson Rosenvald. 9. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Manual de direitos do consumidor.** 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Manual de direitos do consumidor.** 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FRAGA, Telma; MELLO, Cleyson. **Direito civil: contratos, parte geral.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume I: Parte Geral.** Rodolfo Pamplona Filho. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais.** 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 2 : teoria geral das obrigações.** 14. Ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

HUGON, Paul. **A moeda. Introdução à análise e às políticas monetárias e à moeda no Brasil.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1967.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, vol. 4: **direito das obrigações, 1ª parte: das modalidades das obrigações da transmissão das obrigações**. Carlos Alberto Dabus Maluf.- 39. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Aluísio Telles de. **História do comércio internacional**. São Paulo: Século XXI Editorial, 1983.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ROSA, Josimar Santos. **Relações de consumo: a defesa dos interesses de consumidores e fornecedores**. São Paulo: Atlas, 1995

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0089755-15.2012.8.26.0002**; São Paulo; 3ª Câmara de Direito Privado; Recorrente: Advance Planos de Saúde Ltda. Recorrido: Emilia Carvalho Bordalo Perfeito. Rel. Des. Donegá Morandini; Julgamento em 10/06/2014; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 16/06/2014. <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124123096/apelacao-apl-897551520128260002-sp089755-1520128260002>> acessado em 23/08/17.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0006424-51.2014.8.26.0363**; São Paulo; 25ª Câmara de Direito Privado; Recorrente: Huca Comércio e Transporte Ltda ME. Recorrido: Irmãos Davoli S/A Importação e Comércio. Rel. Des. Hugo Crepaldi; Julgamento em 09/03/2017; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 10 de Março de 2017 <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordão=10238782&cdForo=0>> acessado em 12/04/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1006977-72.2014.8.26.0269**; São Paulo; 26ª Câmara de Direito Privado; Recorrente: Telefônica Brasil S/A. Recorrido: Miguel do Carmo Oliveira & Cia Ltda Me. Rel. Des. Alfredo Attié; Julgamento em 02/02/2017; Diário de Justiça do Estado de São Paulo 07/02/2017. <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10136849&cdForo=0>> acessado em 12/04/2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, Milena Guerreiro Gilio da. **O Equilíbrio nas Relações de Consumo Quanto a Responsabilidade Civil do Fornecedor**. 2016. () f. Trabalho de curso. Graduanda em Direito- Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Daniel Amorim Assumpção Neves. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014

TRIGUEIROS, Florisvaldo dos Santos. **Dinheiro no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Léo Christiano. 1987.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.