

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

JESUS CLÁUDIO PEREIRA DE ALMEIDA

**A AUTONOMIA DA VONTADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS NOS
CONTRATOS DE CONSUMO**

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo
2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

JESUS CLÁUDIO PEREIRA DE ALMEIDA

A AUTONOMIA DA VONTADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS NOS
CONTRATOS DE CONSUMO

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na Área de Concentração em Efetividade do Direito sob a orientação da Professora Dra. Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

São Paulo
2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais que abdicaram de seus sonhos para que eu pudesse realizar os meus.

À minha esposa Maria Lúcia e filhas Isabela e Manuela, suprimindo a minha ausência durante a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus, pelo dom da vida.

À minha orientadora, a professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, que além de amiga, pela forma brilhante na condução do trabalho, pelos conhecimentos transmitidos e pelo apoio na escolha do tema.

Ao Adilson Queiroz Silva, pela preciosa ajuda na pesquisa e especial atenção e paciência até o final desta minha jornada.

Aos professores da PUCSP, Regina Villas Boas e Paulo Sérgio Feuz, pelas precisas e atentas anotações feitas por ocasião do exame de qualificação que contribuíram de forma precisa e construtiva para que o trabalho chegasse a sua finalização.

A todos os meus amigos, presenças encorajadoras e afetuosas em meu caminho.

“Valorar é apreciar algo sob o prisma de valor, ao contrário de “avaliar” que consiste em determinar o valor ou valia de alguma coisa”.

(Miguel Reale)

RESUMO

ALMEIDA, Jesus Cláudio Pereira de. A autonomia da vontade e seus efeitos jurídicos nos contratos de consumo. 2018. 218f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

Analisar o princípio da autonomia da vontade e seus reflexos jurídicos nos contratos de consumo, cujo principal objetivo geral da presente tese de doutorado é compreender a função desempenhada pelo fornecedor e de que forma o consumidor tem acesso às informações do contrato de adesão, para concretizar o negócio sem assumir tantos riscos, como ocorre nas contratações realizadas por meios eletrônicos. Para atingir esse objetivo maior entendemos ser necessário percorrer o caminho do referencial de base que colabora para a construção da tese em si e que define os seus objetivos específicos, quais sejam: (i) conhecer o instituto dos contratos e sua disciplina no direito do consumidor, bem como no direito civil como link para compreender o sistema contratual consumerista; (ii) evidenciar a principiologia e os seus fundamentos que dão suporte à defesa do consumidor, enquanto parte vulnerável e hipossuficiente nas relações de consumo; (iii) definir as peculiaridades dos contratos, bem como os princípios informadores; (iv) identificar os aspectos legais e administrativos dos contratos, observando os limites da temática proposta; (v) estudar o contexto em que se inserem as relações de consumo decorrentes dos contratos em aderência às regras do CDC; e (vi) verificar e discutir a aplicação do princípio da autonomia da vontade, diante do acesso do consumidor às informações à luz da Constituição Federal de 1988 e ao diploma legal consumerista, sem se distanciar da casuística que, quando submetida ao Judiciário, tem a função de equilibrar a relação primitiva prejudicial. Para dar conta desta tarefa utilizou-se, como suporte metodológico, a pesquisa exploratória de abordagem investigativa dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, com referencial teórico baseado em fontes secundárias, especialmente a doutrina e jurisprudência especializadas. Quanto à organização, o trabalho está dividido em cinco capítulos considerados essenciais para circundar a temática então proposta. Assim, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a concepção do contrato como norma e sua evolução histórica. O segundo capítulo se dedica ao estudo da principiologia que dá sustentação às relações de consumo, a partir da Constituição Federal, espraiando-se para o Código consumerista, bem como pelo direito processual civil. Em seguida, no terceiro capítulo, o estudo envereda para compreender os pressupostos, requisitos e formação dos contratos de consumo, terminando com o contrato de adesão e as cláusulas gerais contratuais. O quarto capítulo se dedica ao estudo da autonomia da vontade, bem como aos princípios necessários que auxiliam e justificam a hermenêutica do instituto. O quinto e último capítulo explora, dentro do escopo da pesquisa, os reflexos jurídicos da autonomia da vontade nos contratos de consumo, considerando a crise e a nova realidade social do contrato, em especial aos contratos realizados por meios eletrônicos, bem como às novas expectativas criadas pelos consumidores, por conta do direito em ter o acesso às informações sobre o produto ou serviço, terminando com a possibilidade da intervenção do Estado-Juiz como um dos limitadores das liberdades contratuais, quando essa relação se desequilibra. Do estudo, retira-se que, não obstante a incerteza em sede jurisprudencial, especificamente, quanto ao direito dos consumidores em ter o acesso às informações, defendemos que esse princípio é a segurança mínima que os consumidores necessitam ter antes de pensarem em comprar um produto ou contratar um serviço.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Contratos de consumo. Autonomia da Vontade. Direito de informação.

ABSTRACT

ALMEIDA, Jesus Cláudio Pereira de. The autonomy of the will and its legal effects in consumer contracts. 2018. 218f. Thesis (Doctorate in Law) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

To analyze the principle of autonomy of the will and its legal consequences in consumer contracts, whose main objective of this thesis is to understand the role played by the supplier and how the consumer has access to the information of the contract of adhesion, to realize the without taking so many risks, as it happens in contracting by electronic means. In order to achieve this objective, we believe it is necessary to walk the path of the basic reference that collaborates to build the thesis itself and that defines its specific objectives, namely: (i) to know the institute of contracts and its discipline in consumer law, as well as in civil law as a link to understand the contractual consumerist system; (ii) evidence of the principles and fundamentals that support consumer protection, as a vulnerable and hyposufficient part of consumer relations; (iii) define the peculiarities of the contracts, as well as the reporting principles; (iv) identify the legal and administrative aspects of the contracts, observing the limits of the proposed theme; (v) to study the context in which the consumer relations deriving from contracts in compliance with the CDC rules are inserted; and (vi) verify and discuss the application of the principle of autonomy of the will, given the consumer's access to information in the light of the Federal Constitution of 1988 and the legal consumer law, without distancing itself from the casuistry that, when submitted to the Judiciary, has the function of balancing the primitive relation detrimental. In order to deal with this task, the exploratory research of a deductive investigative approach and the bibliographic research technique, with a theoretical reference based on secondary sources, especially the specialized doctrine and jurisprudence, were used as methodological support. As for the organization, the work is divided into five chapters considered essential to surround the theme then proposed. Thus, in the first chapter, we discuss the conception of the contract as a norm and its historical evolution. The second chapter is dedicated to the study of principiology that gives support to consumer relations, from the Federal Constitution, spreading to the Consumer Code, as well as civil procedural law. Then, in the third chapter, the study aims to understand the assumptions, requirements and formation of consumption contracts, ending with the contract of adhesion and the general contractual clauses. The fourth chapter is dedicated to the study of the autonomy of the will, as well as the necessary principles that help and justify the hermeneutics of the institute. The fifth and last chapter explores, within the scope of the research, the legal reflexions of the autonomy of the will in the consumer contracts, considering the crisis and the new social reality of the contract, especially the contracts realized by electronic means, as well as the new expectations created by consumers, on account of the right to have access to information about the product or service, ending with the possibility of intervention by the State Judge as one of the limiters of contractual freedoms, when this relationship is unbalanced. From the study, it is noted that, despite the uncertainty in jurisprudence specifically regarding the right of consumers to have access to information, we argue that this principle is the minimum security that consumers need to have before they think about buying a product or hire a service.

Keywords: Consumer Protection Code. Consumer contracts. Autonomy of Will. Right to information.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Pergunta 1 – O consumidor quando compra um produto ou contrata um serviço com que frequência costuma ligar para o SAC da empresa para se informar, pós compra ou contratação? Se sim como é feito o contato?

..... 175

Gráfico 2: Pergunta 2 – A empresa atende às expectativas do consumidor?

..... 176

Gráfico 3: Pergunta 3 – Antes do evento de entretenimento (compra do produto ou contratação do serviço), quanto da informação que precisava você recebeu do fornecedor?

..... 177

Gráfico 4: Pergunta 4 – A empresa retorna a ligação ao consumidor? E em qual frequência, quando não consegue respondê-lo quanto à ausência de informações do produto ou serviços?

..... 178

Gráfico 5: Segmento 5 – Não conseguindo ser atendido pelo SAC, o consumidor retoma posteriormente os contatos com o fornecedor?

..... 180

Gráfico 6: Pergunta 6 – Qual foi a empresa consultada no SAC?

..... 181

Gráfico 7: Pergunta 7 – O consumidor tem o hábito de se informar sobre o produto ou serviço antes de comprar ou contratá-lo?

..... 182

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 - A CONCEPÇÃO DO CONTRATO	21
1.1 CONCEITO DE CONTRATO	21
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO: BREVES COMENTÁRIOS.....	24
1.3 CONTRATO COMO NORMA.....	27
CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTOS DA DEFESA DO CONSUMIDOR	30
2.1 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
2.2 A BASE CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	34
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	38
2.3.1 Princípio da soberania.....	40
2.3.2 Princípio da igualdade	43
2.3.3 Princípio da legalidade	45
2.3.4 Princípio da dignidade humana	46
2.3.5 Princípio da informação.....	48
2.3.6 Princípio da eficiência.....	50
2.3.7 Princípio da publicidade	51
2.3.8 Princípio da proporcionalidade.....	52
2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS	53
2.4.1 O devido processo legal como postulado constitucional fundamental ao processo civil	55
2.4.2 O devido processo legal em sentido material e processual.....	56
2.4.3 Princípio da isonomia	57

2.4.4 Princípio do juiz natural.....	59
2.4.5 Princípio do direito de ação	59
2.4.6 Princípio do contraditório e ampla defesa	61
2.4.7 Princípio da publicidade	63
2.5 O MICROSSISTEMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	65
CAPÍTULO 3 - PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO.....	74
3.1 DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO CONTRATO	74
3.2 ELEMENTOS EXTRÍNSECOS.....	74
3.2.1 Capacidade das partes	74
3.2.2 Idoneidade do objeto	75
3.2.3 Legitimação	75
3.3 ELEMENTOS INTRÍNSECOS.....	76
3.3.1 Consentimento	77
3.3.2 Forma	77
3.3.3 Causa e objeto	78
3.4 FORMAÇÃO DE UM CONTRATO	79
3.4.1 Negociações preliminares	81
3.4.2 Proposta.....	83
3.4.2.1 Obrigatoriedade da proposta	84
3.4.3 Aceitação	86
3.5 FORMAÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO.....	90
3.6 PRINCÍPIOS DA TUTELA DO CONSUMIDOR NA FORMAÇÃO DO CONTRATO	97
3.6.1 Princípio da transparência	97
3.6.2 Princípio da informação.....	99
3.6.3 Princípio da proporcionalidade.....	101

3.6.4 Princípio da equidade	102
3.6.5 Princípio da função social do contrato	104
3.6.6 Socialização do contrato	108
3.6.7 Princípio da boa-fé objetiva.....	108
3.6.8 Princípio da confiança	112
3.7 OS CONTRATOS DE MASSA	114
3.7.1 o contrato de adesão	115
3.7.2 Cláusulas Gerais dos Contratos (CONDGs)	119
CAPÍTULO 4 - O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	122
4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	122
4.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA	127
4.3 O PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO	129
4.4 O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA NOS CONTRATOS.....	134
4.5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	137
4.6 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	142
4.7 O PRINCÍPIO DA REVISÃO DOS CONTRATOS – A TEORIA DA IMPREVISÃO	147
CAPÍTULO 5 - OS REFLEXOS JURÍDICOS DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO	158
5.1 CRISE DO CONTRATO OU DA (AUTONOMIA DA VONTADE)	158
5.2 A NOVA REALIDADE SOCIAL E CONCEPÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO.....	160
5.3 AS EXPECTATIVAS DOS CONSUMIDORES FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E DA INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO	164
5.4 PESQUISA SOBRE O SAC – SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR	174
5.4.1 Pergunta 1: resultados.....	175

5.4.2 Pergunta 2: resultados.....	176
5.4.3 Pergunta 3: resultados.....	177
5.4.4 Pergunta 4: resultados.....	178
5.4.5 Pergunta 5: resultados.....	180
5.4.6 Pergunta 6: resultados.....	181
5.4.7 Pergunta 7: resultados.....	182
5.4.8 Dignóstico.....	183
5.5 SISTEMA DE CONTROLE.....	183
5.5.1 preventivo	184
5.5.2 judicial	185
5.6 O DIRIGISMO CONTRATUAL	186
5.6.1 intervencionismo do Estado na vida dos contratos.....	186
5.6.2 Limitação da liberdade contratual	190
5.6.3 relativização da força obrigatória dos contratos.....	192
CONSIDERAÇÕES FINAIS	196
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	201
REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS	212
ANEXO	213

INTRODUÇÃO

Apresentação

O objeto desta tese de doutorado é a análise do princípio da autonomia da vontade relacionada aos seus efeitos jurídicos nos contratos de consumo, observando sua influência nas premissas sociais atinentes às regras de formação de contratos dentro do ordenamento jurídico de proteção das relações de consumo em vigor no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sem se distanciar de uma análise conceitual e principiológica do contrato à luz do direito civil, como suporte desta tese, assim como os elementos extrínsecos e intrínsecos que levam à formação dos contratos desde as negociações preliminares contidas na proposta até a aceitação que é essencial para concretizar a contratação.

Para deixar claro o objeto desta tese, o desafio que se lança para o operador do direito surge com cada novo contrato elaborado na sociedade que interfere nas relações de consumo é traçar os caminhos de conexão das normas e a interpretação que a elas se devem aplicar, logicamente, sem se distanciar daquela perspectiva constitucional, qual seja, a defesa do consumidor.

Com esse norte traçado, o intérprete não se deve colocar na cômoda função de apontar, diante da menor dificuldade hermenêutica, uma aparente colidência de regras ou princípios, como razão para anunciar a irregularidade do contrato elaborado entre os contratantes.

O acesso e a facilidade com que os consumidores têm através do uso, por exemplo, de equipamentos eletrônicos faz com que a velocidade das informações que chegam com os produtos ou serviços alterem sensivelmente o comportamento social, já que a contratação é muito mais célere e acaba fazendo com que o consumidor, muitas vezes, de forma impulsiva e danosa, sem poder refletir e interpretar a contento as cláusulas contratuais acaba comprando um produto ou serviço sem se atentar ao dever de se informar ou de ser informado, pelo fornecedor, a respeito deste ou daquele produto ou serviço.

Quando esse problema se põe, a primeira atitude a tomar é lançar mão dos princípios e regras que compõem o sistema de normas, na tentativa de se buscar a máxima efetividade e a tutela adequada ao consumidor, sem se afastar das

perspectivas que orientam as relações jurídicas contratuais de boa-fé e equilíbrio¹ firmada entre as partes.

Partindo dessas premissas surgiu, então, a ideia de abraçar a importante missão de se analisar o princípio da autonomia da vontade, sua aplicação e reflexos jurídicos na elaboração do contrato desde as negociações preliminares contidas na proposta até a aceitação dentro de todo o regramento que orienta as relações de consumo no Brasil, consignado no diploma legal consumerista, vez que muitas contratações, na maioria das vezes, já nascem eivadas de vícios sem que o consumidor tenha a oportunidade de discuti-las previamente. O desafio é enorme quando estamos diante do denominado “*pacta sunt servanda*” que também regula as relações contratuais.²

Problema

Com esse pano de fundo, a primeira análise ou problemática que se coloca e que dá ensejo a presente tese é verificar se a proposta de fato foi levada a contento ao conhecimento do consumidor e se lhe foi dada a oportunidade de refletir sobre as condições ou se informar sobre as cláusulas do futuro contrato e se não lhe eram prejudiciais naquele momento, por exemplo, o uso de cláusulas abusivas, conforme prevê o artigo 51, II do CDC,³ ou seja, como solucionar o problema do direito à informação que, muitas vezes, por exemplo, nos contratos eletrônicos, onde a celeridade das informações com que são impostas pelo fornecedor acabam mitigando do consumidor um direito essencial de informação que é considerado um princípio constitucional relevante no momento da contratação, como prevê os artigos

¹ Artigo 4º, III, da Lei nº 8.078/1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

² Anteriormente ao advento da novel legislação consumerista, Lei 8.078 de 1990, especificamente, nos artigos 47, 48 e 6º V, as discussões envolvendo a elaboração, contratação e posterior revisão dos contratos eram tratadas pelo Código Civil de 1916, no artigo 1080. Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, a formação e a possibilidade de discussão em juízo das cláusulas contratuais foram previstas nos artigos 427, prevendo a formação dos contratos e no artigo 478, prevendo a possibilidade da parte contratante, quando as prestações se tornarem excessivamente onerosas, pedir a revisão cláusulas contratuais, ou seja, a aplicação das chamadas cláusulas “*rebus sic stantibus*”. (notas explicativas do autor)

³ Artigo 51, II, da Lei nº 8078/1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “Subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código.”

220, 5º, XIV da CF/1988, assim como outros princípios que serão tratados neste trabalho, como o da boa-fé objetiva, do consensualismo e o da função social do contrato que instigam e auxiliarão na análise da autonomia da vontade dos contratantes e seus reflexos jurídicos nas relações de consumo.

Nessa trilha, emergem ainda outras questões que merecem ser investigadas. Haveria, pois, a possibilidade de se definir um limite mínimo de compreensão e processamento da informação sobre o produto ou serviço que o consumidor/contratante deveria receber do fornecedor para que ele pudesse refletir e entender as negociações preliminares: proposta e aceitação? Ou seja, ele poderia minimizar os riscos que essa contratação acarretaria à revelia dos seus direitos? E o que dizer sobre os meios de alcance dessas informações? O consumidor tem todo o acesso suficiente para refletir? Como o consumidor tem feito para se informar? Por mais que a tecnologia existente seja avançada, ainda assim, podemos defender com segurança que estamos presenciando um consumidor plenamente perceptivo, informado ou sofisticado na hora de contratar?

Fato é que essas questões continuam subindo recorrentemente aos tribunais, que, por sinal, ainda, por um esforço do Estado-Juiz, não chegaram a um consenso acerca do tema.

Objetivo

Dentro desse contexto e nas proposições apresentadas se insere a presente tese que, ao discorrer sobre o princípio da autonomia da vontade nos contratos de consumo, tem como objetivo geral compreender a função desempenhada pelo fornecedor e de que forma o consumidor tem acesso às informações do contrato de adesão, para poder concretizar o negócio sem ter que assumir tantos riscos, como por exemplo, nos contratos eletrônicos.

Para atingir esse objetivo maior entendemos ser necessário percorrer o caminho do referencial de base que colabora para a construção da tese em si e que define os seus objetivos específicos, quais sejam: (i) conhecer o instituto dos contratos e sua disciplina no direito do consumidor, bem como no direito civil; (ii) evidenciar a principiologia e os seus fundamentos que dão suporte à defesa do consumidor, enquanto parte vulnerável e hipossuficiente nas relações de consumo; (iii) definir as peculiaridades dos contratos, bem como os princípios informadores;

(iv) identificar os aspectos legais e administrativos dos contratos, observando os limites da temática proposta; (v) estudar o contexto em que se inserem as relações de consumo decorrentes dos contratos em aderência às regras do CDC; e (vi) verificar e discutir a aplicação do princípio da autonomia da vontade, diante do acesso do consumidor às informações à luz da Constituição Federal de 1988 e ao diploma legal consumerista, sem se distanciar da casuística que, quando submetida ao Judiciário, tem a função de equilibrar a relação primitiva prejudicial.

Justificativa

Pois bem. Feitas essas breves considerações é chegado o momento de mencionar a relevância teórico-prática desta pesquisa, já que sua contribuição recai sobre o aprofundamento da discussão, a partir da análise do princípio da autonomia da vontade e seus reflexos jurídicos nos contratos de consumo, em contraponto com as regras do ordenamento jurídico que rege as relações de consumo, o CDC, principalmente, no que se refere ao direito de da informação.

O interesse em desenvolver a pesquisa que deu origem a tese partiu da reflexão sobre a importância do consumidor, ainda que vulnerável ao extremo ao mais sofisticado, em ter o acesso a informação para poder refletir sobre determinado produto ou serviço antes ou depois de contratar.

Acreditamos que esse trabalho poderá contribuir com outros estudos que tratam o tema, visto que, atualmente, o acesso às informações, no momento da contratação nas relações de consumo, é um assunto bastante discutido pelos operadores do direito.

Esse esforço ainda lançará mão dos distintos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais proferidos acerca do tema, para jogar mais luz sobre o comportamento do fornecedor no momento da contratação que, disfarçando-se, nas armadilhas impostas ao consumidor por detrás do contrato de adesão e, quando essas relações não se mostrarem equilibradas, que sirva para a melhor interpretação das regras em vigor e contribua para a pacificação dos conflitos já instalados e submetidos à tutela jurisdicional.

Hipótese

Com a finalidade de solucionar o problema acima demonstrado e efetivar os direitos do consumidor, defendemos a tese de que o fornecedor de produtos ou serviços deve sempre disponibilizar as informações suficientes para que o consumidor possa refletir sobre as cláusulas contratuais que está aderindo no momento da contratação. Para tanto, pretendemos realizar uma pesquisa de campo junto aos SACs (Serviço de Atendimento ao Consumidor) das empresas cujo objetivo será investigar se o direito de informação aos consumidores, no momento da compra de um produto ou contratação de serviços, está sendo fornecido pelos fornecedores antes, durante e após o evento contratação.

Defendemos que o acesso às informações é a segurança mínima que o consumidor precisa ter para refletir e contratar, por mais que tenha a percepção ou sofisticação para entender sobre as características daquele produto ou serviço.

Entendemos ainda que não se pode deixar se perder de vista, em hipótese alguma, dentro do princípio da autonomia da vontade, seja na fase preliminar ou na aceitação da proposta do futuro contrato, a expectativa do direito, criada pelo consumidor que está diretamente ligada ao princípio da informação.

Quando isso se perde desequilibrou-se o contrato em quase toda sua essência, seja quanto à parte principiológica ou formação, razão pelo qual defendemos que a casuística, diante da relativização da força obrigatória do contrato, quando submetida à apreciação do Poder Judiciário, tem a função de equilibrar a relação primitiva prejudicial.

Metodologia

Para empreender a tarefa então proposta, quanto ao suporte metodológico, para o plano de pesquisa optou-se pelo método de procedimento monográfico, que caracteriza um estudo em profundidade de determinado tema. O tipo de pesquisa, tendo em vista as peculiaridades das questões-problema aqui apresentadas, tem natureza exploratória, assim entendido o tipo de pesquisa que objetiva definir e buscar mais informações sobre o assunto que está sendo investigado, visando

torná-lo mais explícito. O método de abordagem é o dedutivo⁴ – tipo de raciocínio que caminha do geral para o particular -, pois se pretende primeiramente construir o referencial teórico que envolve o tema, sendo necessário para esta tarefa utilizar a técnica de pesquisa bibliográfica, com dados obtidos de fontes secundárias, principalmente a doutrina especializada, artigos e revistas afins, bem como construções elaboradas pela jurisprudência pátria.⁵

Ainda, a análise e a interpretação dos dados não se distanciarão dos objetivos propostos nesta pesquisa, eis que, auxiliado pela síntese da referência de base realizada e das decisões judiciais colacionadas, só assim será possível construir uma análise interpretativa para o tema a ser enfrentado.

Apresentação do Trabalho

O trabalho, que culmina com o respectivo relatório de pesquisa, está estruturado em cinco capítulos considerados essenciais para circundar a temática então proposta. Assim, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a concepção do contrato como norma e sua evolução histórica. O segundo capítulo se dedica ao estudo da principiologia que dá sustentação às relações de consumo, a partir da Constituição Federal, espalhando-se para o Código consumerista, bem como pelo direito processual civil. Em seguida, no terceiro capítulo, o estudo envereda para compreender os pressupostos, requisitos e formação dos contratos de consumo, terminando com o contrato de adesão e as cláusulas gerais contratuais. O quarto capítulo se dedica ao estudo da autonomia da vontade, bem como aos princípios necessários que auxiliam e justificam a hermenêutica do instituto. O quinto e último capítulo explora, dentro do escopo da pesquisa, os reflexos jurídicos da autonomia da vontade nos contratos de consumo, considerando a crise e a nova realidade social do contrato, em especial aos contratos realizados por meios eletrônicos, bem

⁴ A importância do processo dedutivo é tão grande que levou, durante muito tempo, ao equívoco de reduzir-se a aplicação do Direito ao uso de sucessivos silogismos. Foi cômodo, por exemplo, afirmar-se que uma sentença (isto é, o juízo editado pelo juiz, numa demanda: notem a correlação esclarecedora entre juízo e juiz!) poderia ser reduzida a um silogismo, cuja premissa maior seria a lei; a premissa menor, os fatos; e a decisão constituiria a conclusão necessária. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 84-85.

⁵ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 92; BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Fundamentos de metodologia: um guia para a iniciação científica*. 2. ed. ampliada. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 63-64.

como às novas expectativas criadas pelos consumidores, por conta do direito em ter o acesso às informações sobre o produto ou serviço, terminado com a possibilidade da intervenção do Estado-Juiz como um dos limitadores das liberdades contratuais, quando essa relação se desequilibra.

Ao final, são apresentadas as considerações extraídas do esforço de pesquisa então empreendido.

CAPÍTULO 1 - A CONCEPÇÃO DO CONTRATO

1.1 CONCEITO DE CONTRATO

A palavra contrato tem origem na língua latina, *contractus*. O significado dado por Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira,⁶ no “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, é o seguinte: “Ato ou efeito de contratar. Acordo entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação”.

Segundo o “Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa”, contrato é um acordo legal entre pessoas, com delimitação de seus direitos e deveres, ou seja, o documento que sela esse acordo.⁷

Sérgio Sérulo da Cunha⁸ anota que contrato é: negócio jurídico bilateral entre particulares, ou entre particular de um lado e a Administração do outro (CC 421; CC/16 1.079. CDIP 175s).v. acordo, ajuste, convenção, convênio, pacto, tratado.

Caio Mário⁹ ensina que o Direito Romano estruturou o contrato, onde todos os romanos a ele se reportam sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto.

Para o romano não seria possível um contrato sem a existência de um elemento material, ou seja, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*.

Em outras palavras, leciona o doutrinador,¹⁰ a respeito do contrato, que seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações, sendo que o direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral [...]. É aqui que se situa a noção estrita do contrato. É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte

⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.545.

⁷ HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Selles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004 p. 188.

⁸ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Dicionário compacto do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito CIVIL. Vol III - Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 8.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito CIVIL. Vol III - Contratos*. p. 7.

exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos.

O auge do contrato foi avivado pelo jusnaturalismo e, para os enciclopedistas do século XVII, a premissa primeira e fundamental de todos os poderes era liberdade humana. O contrato social de Rousseau fornece a característica mentalidade da época para qual a sociedade derivava de um contrato onde os indivíduos abdicavam de certos direitos naturais em troca de encontrar maior segurança na vida organizada da sociedade onde outros direitos (de deveres) lhes eram reconhecidos.¹¹

Oportuno são os ensinamentos de Alvaro de Azevedo Gonzaga:¹²

A partir do séc. XVII, em função da valorização do homem pelo Humanismo, e como oposição à visão tradicional clássica, surgiram “as teorias contratualistas de Thomas Hobbes¹³, John Locke¹⁴ e Jean-Jacques Rousseau¹⁵, dizendo ser a origem do Estado um

¹¹ LEITE, Gisele. A evolução doutrinária do contrato. Revista Âmbito Jurídico. Acesso em: 7 de nov. 2017

¹² GONZAGA, Alvaro de Azevedo, DE CICCIO, Cláudio. Teoria Geral do Estado e Ciência Política, 3ª ed., 2011, São Paulo – Revista dos Tribunais, p. 64

¹³ Hobbes (1588-1679) acreditava que o contrato foi feito porque o homem é o lobo do próprio homem. Há no homem um desejo de destruição e de manter o domínio sobre o seu semelhante (competição constante, estado de guerra). Por isso, torna-se necessário existir um poder que esteja acima das pessoas individualmente para que o estado de guerra seja controlado, isto é, para que o instinto destrutivo do homem seja dominado. Neste sentido, o Estado surge como forma de controlar os “instintos de lobo” que existem no ser humano e, assim, garantir a preservação da vida das pessoas. Para que isso aconteça, é necessário que o soberano tenha amplos poderes sobre os súditos. Os cidadãos devem transferir o seu poder ao governante, que irá agir como soberano absoluto a fim de manter a ordem. <<https://sites.google.com/site/aloisiofritzen/Home/fotos/filosofia-conteudos/tc-hobbes-locke-rousseau>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.

¹⁴ Locke (1632-1704) parte do princípio de que o Estado existe não porque o homem é o lobo do homem, mas em função da necessidade de existir uma instância acima do julgamento parcial de cada cidadão, de acordo com os seus interesses. Os cidadãos livremente escolhem o seu governante, delegando-lhe poder para conduzir o Estado, a fim de garantir os direitos essenciais expressos no pacto social. O Estado deve preservar o direito à liberdade e à propriedade privada. As leis devem ser expressão da vontade da assembléia e não fruto da vontade de um soberano. Locke é um opositor ferrenho da tirania e do absolutismo, colocando-se contra toda tese que defenda a idéia de um poder inato dos governantes, ou seja, de pessoas que já nascem com o poder (por exemplo, a monarquia). . <<https://sites.google.com/site/aloisiofritzen/Home/fotos/filosofia-conteudos/tc-hobbes-locke-rousseau>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.

¹⁵ Rousseau (1712-1778) considera que o ser humano é essencialmente bom, porém, a sociedade o corrompe. Ele considera que o povo tem a soberania. Daí, conclui que todo o poder emana (tem sua origem) do povo e, em seu nome, deve ser exercido. O governante nada mais é do que o representante do povo, ou seja, recebe uma delegação para exercer o poder em nome do povo. Rousseau defende que o Estado se origina de um pacto formado entre os cidadãos livres que renunciam à sua vontade individual para garantir a realização da vontade geral. Um tema muito interessante no pensamento político de Rousseau é a questão da democracia direta e da democracia representativa. A democracia direta supõe a participação de todo o povo na hora de tomar uma decisão. A democracia representativa supõe a escolha de pessoas para agirem em nome de toda a população no processo de gerenciamento das atividades comuns do Estado. .

Contrato Social entre vários indivíduos independentes, numa situação de liberdade plena ou “estado de natureza”, que por conta de uma situação de beligerância, convencionam por mútuo acordo a substituição da liberdade plena pela liberdade civil obediente à lei.

Maria Helena Diniz define contrato como um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a esclarecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.¹⁶

Para Silvio de Salvo Venosa, quando o ser humano usa a sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico.¹⁷ Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. E a diferença específica entre ambos consiste na circunstância do aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes, na visão do Silvio Rodrigues.¹⁸

Já para Orlando Gomes,¹⁹ o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.

Percebemos, portanto, que o contrato é um acordo de vontades, em conformidade com a lei, e com a finalidade de produzir efeitos jurídicos como: adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

Com isso, o consenso atrelado à manifestação de vontade com a intenção de gerar efeitos jurídicos constitui o negócio jurídico.

Ultrapassados esses conceitos, que são importantes para a compreensão do instituto do contrato, passa-se, agora, a tratar da sua evolução histórica.

<<https://sites.google.com/site/aloisiofritzen/Home/fotos/filosofia-conteudos/tc-hobbes-locke-rousseau>>
Acesso em: 07 de nov. 2017.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , p. 39.

¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 393.

¹⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, 30ª ed., 2004 – São Paulo, p. 09.

¹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 4

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO: BREVES COMENTÁRIOS

Como instituto jurídico, o contrato remonta ao direito romano, uma vez que distinguia contrato de convenção, sendo que esta representava o gênero e o contrato e o pacto eram espécies.

Segundo o espírito do direito romano, contrato, na nas palavras de Vilma Carli,²⁰ de um modo geral, é o acordo de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, seguido de formalidades e produzindo efeitos jurídicos sobre os contratantes.

Além disso, uma vez já se consagrando como fonte das obrigações, o direito romano não conhecia o contrato como categoria geral, até porque inexistia o direito subjetivo.

O Código de Napoleão foi a primeira grande codificação moderna, a exemplo do direito romano, que considerava a convenção o gênero, do qual o contrato era uma espécie, idealizado no calor da Revolução Francesa de 1789, o referido diploma disciplinou o contrato como mero instrumento para a aquisição de propriedade, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves.²¹

Nesse período o acordo de vontades já representava uma realidade, na medida em que a garantia para os burgueses e para as classes proprietárias, no que se refere à transferência de bens, passava a ser dependente da vontade de outrem.

Maiorca²² assinala que o conceito moderno de contrato formou-se em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais destacam-se: a) dos canonistas; b) da escola do Direito Natural.

A contribuição dos canonistas constitui basicamente na relevância que atribuíram, de um lado, a consenso, e, de outro, à fé jurada. Em valorizando o consentimento preconizou-se que a vontade é a fonte da obrigação, abrindo caminho para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e o consensualismo. A estimação do consenso leva à ideia de que a obrigação deve

²⁰ CARLI, Vilma Maria Inocencio. Teoria e Direito das Obrigações Contratuais: uma nova visão das relações econômicas de acordo com os códigos civil e consumidor, Campinas: Bookseller, 2005, p. 43.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, ed-São Paulo: Saraiva, 2015 p.23.

²² MAIORCA. Sergio. Il contratto: profili dela disciplina generale. Torino: G. Giappichelli, 1981, p.9

nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo, é suficiente a sua declaração.

Já a Escola do Direito Natural, no magistério de Orlando Gomes,²³ racionalista e individualista influiu na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contraentes.

E pondera o doutrinador: “desse juízo, inferiram seus pregoeiros o princípio de que o fundamento racional do nascimento basta para obrigar (*solus consensus obligat*)”, ou seja, o contrato é um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é de Direito Natural.

Nessa esteira, a moderna concepção do contrato como um acordo de vontades por meio da qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção.

A ideia do liberalismo econômico é de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados e, a partir destas ponderações, podemos afirmar que o conjunto de ideias então dominantes, nos planos econômicos, políticos e sociais, constituem em matriz da concepção do contrato como um consenso e da vontade com fonte dos efeitos jurídicos.

Portanto, as escolas canonistas e do direito natural tiveram grande influência na formação do contrato, reconhecendo, inclusive, a importância de se respeitar a autonomia da vontade no vínculo obrigacional.

O Código Civil alemão, promulgado muito tempo depois, considera o contrato uma espécie de negócio jurídico, que por si só não transfere a propriedade, como sucede igualmente no atual Código Civil brasileiro.²⁴

Na realidade, o contrato deixa de ser a peça-chave, ou seja, a ponte para se alcançar a propriedade. No neocapitalismo, afastado do capitalismo embrionário surgido com a Revolução Francesa, no novo direito social, há valores mobiliários,

²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 6

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 3: *Contratos e Atos Unilaterais*.- 12ª, ed-São Paulo: Saraiva, 2015 p.23.

bens imateriais que constituem parcela de riqueza importante, desvinculando-se do binômio riqueza-propriedade imóvel, conforme ensina Enzo Roppo:²⁵

Com o progredir do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações econômicas, abre-se um processo que poderemos definir como de imobilização e desmateralização da riqueza, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle de gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de fato não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em premissas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa res a possuir em propriedade.

Em se tratando de uma sociedade contemporânea, imediatista e consumista que adquire bens e serviços imediatamente para serem prontamente utilizados e consumidos, as coisas tornam-se descartáveis. Nesse contexto, o contrato passa a ser o instrumento fundamental da geração de recursos e da propulsão da economia.

Carlos Roberto Gonçalves expõe:²⁶ *“hoje, as expressões convenção, contrato e pacto são empregadas como sinônimas, malgrado a praxe de se designar os contratos acessórios de pactos (pacto comissório, pacto antenupcial etc.)”*

Em síntese, com a evolução histórica do contrato, desde a Era Romana, passando pela influência das teorias contratualistas até a Sociedade Contemporânea, denota-se que ele é tido como um acordo de vontades por meio da qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção.

A seguir, trataremos do estudo do contrato como norma, na medida em que vincula a obrigatoriedade, bem como a necessidade do contrato ser interpretado de acordo com o contexto que se insere na sociedade.

²⁵ ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 64

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais...- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015 p.23

1.3 CONTRATO COMO NORMA

Para o estudo do contrato como norma, necessário são os ensinamentos de Hans Kelsen,²⁷ pois observamos que a definição tradicional do contrato resulta de um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos tendente a criar ou extinguir uma obrigação e o direito subjetivo passa por alto uma de suas funções mais importantes que é a criadora do direito:

Conforme o fato jurídico-negocial é constituído pelo ato de um indivíduo ou pelos atos de dois ou mais indivíduos, assim distinguimos entre negócios jurídicos unilaterais e negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais. O negócio jurídico de longe mais importante no Direito moderno é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral chamado contrato. O fato contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou vários indivíduos, as quais vão dirigidas a uma determinada conduta destes. A ordem jurídica pode prescrever uma determinada forma - embora não tenha necessariamente de o fazer - que estas declarações devem revestir para representarem um contrato juridicamente vinculante, quer dizer: para produzirem normas que impõem deveres e conferem direitos aos indivíduos contratantes - prescrevendo, v. g., que as declarações devem ser realizadas por escrito e não simplesmente por via oral ou através de gestos. Em todo caso, as partes têm de por qualquer forma expressar a sua vontade, quer dizer, exteriorizá-la numa aparência. De outro modo, o fato de um contrato ter sido concluído não pode ser verificado num processo de aplicação do Direito, especialmente num processo judicial.

[.....]

Através de uma norma criada contratualmente só podem, em regra, ser estatuídas obrigações e direitos para as partes contratantes. Nisto se exprime o princípio da chamada autonomia privada. No entanto, uma ordem jurídica também pode permitir os chamados contratos a cargo ou em favor de terceiros, isto é, normas contratualmente criadas através das quais se impõem deveres ou conferem direitos a indivíduos que não participaram na produção do fato criador de Direito. A norma contratualmente criada pode impor às partes os mesmos deveres e conferir-lhes os mesmos direitos. Mas este conteúdo deve ser sempre querido pelas partes contratantes ou estar contido nas declarações concordes de todas as partes contratantes. A norma contratualmente criada tem caráter individual - como, e. g., na hipótese de um contrato de venda através do qual uma das partes é obrigada a entregar à outra, de uma só vez, um determinado objeto, e a outra é obrigada a entregar, de uma só vez, uma determinada quantia em dinheiro. Mas o contrato também pode ter caráter geral, quer dizer: não obrigar a uma só e determinada prestação, ou a uma prestação e uma contraprestação,

²⁷ KELSEN, Hans . Teoria Pura do Direito. São Paulo : Martins Fonte, 1999, p. 181

mas a um número indeterminado de prestações, ou prestações e contraprestações. Por exemplo: um contrato no qual uma sociedade seguradora se obriga, perante um determinado.

Salienta ainda o doutrinador que se estariam criando normas de direito individual que geram obrigações e direitos concretos não existentes antes de sua celebração. Tais normas que compõem o conteúdo do contrato e exigem determinada conduta dos contratantes, teriam a mesma substância normativa da regra do *Pacta Sunt Servanda*, que se aplicam para celebrar os contratos.

Assim sendo, no contrato, ou seja, a consequência que lhe atribui o ordenamento jurídico é a norma que cria o produto jurídico individual porque não obriga a número indeterminado de indivíduos e nem se aplica a número indeterminado de casos.

Podemos afirmar então que o contrato é o ato criador de direito objetivo, até porque para alcançar o fim apontado da constituição das relações obrigacionais, não se pode deixar de estabelecer normas, eis que dever jurídico não pode existir sem correspondente comando.

Considerando que o direito objetivo define o contrato como norma para que se alcance tal fim obrigacional, sem dúvida, é de fundamental importância. Contudo, não se pode perder de vista que ele está também diretamente ligado ao direito subjetivo das partes contratantes, quando se defende a aplicação a autonomia da vontade e respeito aos princípios constitucionais, como, por exemplo, o direito de informação nas relações de consumo.

Luigi Ferri²⁸ pondera: “*o tecido da sociedade é formado de normas e comando objetivos, concorrendo os particulares para tecer essa tela com o seus contratos, o que implica ter de reconhecer que a regra contratual é também norma jurídica*”.

Porém, algumas críticas foram lançadas a despeito dos esforços dos adeptos da concepção preceptiva,²⁹ pois para justificá-la como a explicação correta do conteúdo do contrato, visto que esta corrente atribui à expressão norma jurídica, sendo um significado amplíssimo, impróprio ou supérfluo, como defende Cariota Ferrara,³⁰ uma vez que por mais que se conceitue a norma jurídica como uma regra

²⁸ FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*, 1ª ed., Bologna: Petron, 1975, p. 20

²⁹ As concepções preceptivas tiveram sua origem, como disse, na formulação do jurista alemão Bulow para quem o negócio não constitui a manifestação de uma vontade, mas de um “dever ser”; a vontade constitui a alma do negócio, mas o conteúdo deste exprime um comando correto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante.

³⁰ FERRARA. Luigi Cariota. *El Negocio Jurídico*. 1ª ed. Madrid: Aguilar, 1956.

geral e abstrata, é manifesto que as normas não são denominadas cláusulas de um contrato, eis que a sua aplicação é restrita aos contraentes.

Diante da análise dessas duas concepções antagônicas do contrato: objetiva e preceptiva observa-se o interesse em defender e reforçar a autonomia privada, além disso, porque racionaliza a dominação dos privilégios pelo emprego de um instrumento jurídico de inspiração liberal do crivo de princípios, como o da boa-fé e da condenação ao abuso de direito.

A seguir, trataremos dos princípios constitucionais e fundamentos da defesa do consumidor, pois são considerados vigas mestras, ou seja, verdadeiras estruturas de orientações e interpretações dos interesses em jogo e das regras de conduta norteadoras da interpretação da norma.

CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTOS DA DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrar à apresentação dos princípios constitucionais norteadores dos contratos nas relações de consumo, necessário se faz conceituar, de início, o vocábulo “princípio”, assim como analisar a sua função dentro de ordenamento jurídico pátrio.

René Descartes,³¹ ao conceituar princípios, coloca-os próximos aos termos “começo” e “início”, e não como “regras convencionais”. É o que se depreende do seu ensinamento:

Os princípios devem ser tão claros e evidentes que o espírito humano não possa duvidar de sua verdade ao aplicar atentamente a considerá-los, por outro lado é preciso que deles dependa o conhecimento das outras coisas, de forma que eles possam ser conhecidos sem elas, mas não reciprocamente elas sem eles.

Para o célebre filósofo, o princípio se assemelha a uma verdade absoluta, sendo imperiosa a sua autossuficiência. Bem por isso, deve-se negar a qualidade de princípio a todo enunciado que se mostrar duvidoso. Admite-se, no entanto, que os princípios dependem de outros conhecimentos, de forma a servir como base de interpretação.³²

Nas palavras de Geraldo Ataliba,³³ os princípios representam as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. E completa:

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os ramos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.

Paulo Bonavides,³⁴ por sua vez, aduz que os princípios são as normas-chave de todo o sistema jurídico. As leis, em rigor, buscam seus fundamentos nos

³¹ DESCARTE, René. *Carta-prefácio dos princípios da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XXII.

³² Idem

³³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 6-7.

princípios. Em suma, consoante a lição de José Albuquerque Rocha:³⁵ “Os princípios são valores morais, políticos e jurídicos de determinada sociedade, proclamados por normas de direito, que denominamos de normas principiológicas”.

Nesse sentido, os princípios orientam e direcionam a interpretação das regras jurídicas em geral. São normas especiais que atuam em conexão com as diversas normas componentes do sistema jurídico.

Os princípios fazem com que as normas existentes no ordenamento jurídico formem um conteúdo harmônico. Não fossem os princípios, os elementos (normas) do sistema jurídico jamais conseguiram se interrelacionar, para formar um sistema uno e indivisível.³⁶

Humberto Ávila³⁷ ensina que os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.

Além disso, sustenta o autor, é verdade que o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade.

Importantes também e oportunos são os comentários de Luiz Antônio Rizzato Nunes,³⁸ sobre o tema. É o que se depreende de seu ensinamento: O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

A doutrina de Norberto Bobbio³⁹ certifica que o princípio jurídico influi a interpretação até mesmo das próprias normas magnas. Assim, se um mandamento constitucional, por exemplo, tiver pluralidade de sentidos, a interpretação deverá ser feita com vistas a fixar o sentido que possibilitar uma sintonia com o princípio que lhe for mais próximo. Da mesma maneira, se surgir uma aparente antinomia entre os

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.257

³⁵ ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50

³⁶ Idem

³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12^a.ed. Malherios, 2011, p. 24.

³⁸ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 9-10

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 228. “A situação de normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade com que se deparam os juristas de todas as épocas, e que teve uma denominação característica própria: antinomia”.

textos normativos da Carta Magna, ela será resolvida pela aplicação do princípio mais relevante.

O princípio funciona como um vetor para o intérprete, segundo o doutrinador, o jurista, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que este possa ser, deve, preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam. Nenhuma interpretação jurídica será havida por jurídica se atritar com um princípio constitucional.⁴⁰

Acrescente-se ainda que os princípios exercem uma função importante dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Por serem normas qualificadas, os princípios dão coesão ao sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante, como depreende Rizzato Nunes.⁴¹

Embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, aquelas têm maior pujança axiológica do que estas. São, pois, normas qualificadas, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação de todas as demais normas.⁴²

Pode-se dizer, portanto, que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas.⁴³

Nesse sentido, Eros Roberto Grau⁴⁴ destaca que “princípio jurídico não é senão regra jurídica particularmente, em virtude das consequências práticas que dele decorrem”.

Os princípios, na verdade, impõem valores fundamentais que devem ser respeitados e observados, ou seja, o conteúdo de toda e qualquer norma jurídica deve estar de acordo com os princípios jurídicos, assim como a interpretação dessas normas deve, por eles, guiar-se.⁴⁵

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 228. “A situação de normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade com que se deparam os juristas de todas as épocas, e que teve uma denominação característica própria: antinomia

⁴¹ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10.

⁴² Idem.

⁴³ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p.11

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97.

Valendo-se das lições de Dworkin e Larenz, o professor José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁶ diferencia os princípios das normas e leciona que: “Os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”.

Acerca da importância dos princípios no ordenamento jurídico, importantes são os ensinamentos de Patrícia Caldeira Pavam.⁴⁷

Na escala hierárquica do nosso ordenamento jurídico, os princípios ocupam posição de supremacia, uma vez que traduzem valores fundamentais e traçam diretrizes do microsistema ao qual pertencem. São, pois, a guia mestre do intérprete, de tal sorte que, ao lançar mãos das regras de interpretação, o estudioso terá que, inevitavelmente, acompanhar a direção dos princípios, sob pena de realizar uma interpretação falha, inválida e até antijurídica.

O princípio dá a ideia, a base, o caminho a ser percorrido pelas normas, bem como faculta a interpretação aos operadores do direito.

Tendo em mira a teleologia do princípio é que se elaborarão normas condizentes com o sistema jurídico, bem como se interpretarão tais normas. É ele (o princípio) que dá o molde ao ordenamento jurídico.

Neste contexto, um dos desafios que se apresenta nesta tese é exatamente compreender a observância de um dos princípios constitucionais fundamentais e de vital importância para as relações de consumo que é o direito de informação acerca dos produtos ou serviços, além outros como o princípio da autonomia da vontade.

Portanto, diante da definição e suas importantes funções, não é possível interpretar uma norma sem se pautar nos princípios jurídicos. Deles surgem várias normas e preceitos.

Pois bem. Após apresentar essas clássicas lições a respeito dos princípios, é a vez de tratarmos da base principiológica constitucional que emana para o sistema contratual, que será de fundamental importância para o avanço do tema proposto nesta tese.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.086.

⁴⁷ PAVAM, Patrícia Caldeira. O Ministério Público e a defesa em juízo do direito individual e homogêneo do trabalhador. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 55.

2.2 A BASE CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste capítulo trataremos de estudar a base constitucional principiológica que criou o Código de Defesa do Consumidor que será de grande importância para o desenvolvimento e suporte desta tese.

O diploma legal de proteção e defesa do consumidor não surgiu por acaso, tampouco decorreu de um simples projeto como qualquer lei ordinária. Ele é a conscientização de uma longa evolução e o resultado de todos os movimentos e legislações consumeristas anteriormente ocorridas no Brasil⁴⁸ e também no exterior.⁴⁹

Sérgio Cavallieri Filho⁵⁰ relata que na década de 1980 já se havia formado no Brasil forte conscientização jurídica quanto à necessidade de uma lei específica de defesa do consumidor, uma vez que o Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, não mais conseguiram lidar com situações tipicamente de massa. Essa conscientização foi levada para a Assembleia Nacional Constituinte, que acabou por optar por uma codificação de normas específica para as relações de consumo.

Nesse sentido, oportunos são os comentários da saudosa professora Ada Pellegrini Grinover⁵¹, relativamente à introdução da obra “Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto”:

⁴⁸ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, p.19-20. O autor divide as fases da legislação de defesa do consumidor em: “(i) primórdios da legislação (até meados da década de 1930); (ii) primeiro estágio: legislação penal (meados da década de 1930 a 1960); (iii) segundo estágio: legislação de direito administrativo (de 1960 a 1985) e, (iv) terceiro estágio: legislação de direitos difusos (1985 aos nossos dias)”.

⁴⁹ MONTE, Mário Ferreira. *Da proteção penal do consumidor*. Coimbra: Almedina 1996, p. 82. O jurista português, ao fazer uma retrospectiva histórica do consumerismo narra que: “Na verdade, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor foi a culminar de um movimento, já que, como confessadamente dizem os autores de seu anteprojeto, ele se inspirou em outras leis advindas de outros países [...]. Por outro lado, significa o primeiro passo para a codificação, no resto do mundo, porque, na verdade, foi o primeiro Código a surgir, principalmente se atendermos à sua ambiciosa estrutura, bem como à quantidade de normas que regulamentam todas as matérias atinentes ao consumidor e onde tem lugar mesmo um conjunto de normas sancionatórias, administrativas e penais”.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas: 2008, p. 10.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vaconcellos. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 6.

A necessidade de tutela legal do consumir: ‘A proteção do consumidor é um desafio de nossa era e representa, em todo o mundo, um dos temas mais atuais do Direito. Não é difícil explicar tão grande dimensão para um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste. O homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (mass consumption society ou Konsumgesellschaft), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça’. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma.

Como se vê, foi o constituinte originário que determinou uma lei, embora tardia, para a defesa do consumidor, o que evidencia que o CDC, diferentemente de outras leis ordinárias em geral, tem origem constitucional. Em outras palavras, foi o constituinte originário que instituiu um direito subjetivo público geral a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, para que o Estado, na forma da lei, realizasse a defesa do consumidor.⁵²

De fato, após diversas constituições, apenas a atual determina a “codificação” das normas de consumo, quando trouxe o arcabouço necessário para se erguer em nosso ordenamento jurídico um microssistema de proteção às relações de consumo. Assim, com o advento da atual ordem constitucional, erigiu-se a proteção do consumidor à categoria de direito assegurado pela Carta Magna.

Pelo texto constitucional, são três os artigos que tratam diretamente da defesa dos direitos dos consumidores, a saber: artigos 5º, inciso XXXII; 170, inciso V, e artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Quando cuidou dos direitos e garantias fundamentais, a Magna Carta estabelece, no inciso XXXII de seu artigo 5º, que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Nesse contexto, importante frisar que o Estado a que se referiu o legislador constituinte é aquele conduzido pela atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário.⁵³

Marcelo Gomes Sodré⁵⁴ afirma que o pressuposto de existência do inciso XXXII do artigo 5º do texto constitucional é de que a relação de consumo é, por definição, desigual. As partes desta relação – consumidor e fornecedor – não têm o

⁵² RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 266.

⁵⁴ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, p. 165.

mesmo poder e conhecimento, e por isto, uma delas, o consumidor, merece proteção do Estado. A ideia da vulnerabilidade do consumidor, que é explicitada na legislação específica, já está escrita na própria Carta Magna, na exata medida em que cabe ao Estado proteger este ator vulnerável nas relações de consumo. Por outro lado, como o inciso XXXII do artigo 5º acima mencionado, não explica como o Estado promoverá a defesa do consumidor, busca-se no artigo 170 a orientação dos limites da defesa, no mesmo status dos princípios da soberania, da propriedade privada, da livre concorrência e outros. Com efeito, a defesa do consumidor consubstancia um dos princípios da ordem econômica (inciso V do artigo 170 da CF/1988).

Entre os princípios que o legislador constituinte elegeu como indispensáveis para o Estado brasileiro alicerçar a ordem econômica, repousa a defesa do consumidor. Ou seja, qualquer atividade econômica desenvolvida no Brasil, além de fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, assegurando-se aos cidadãos uma vida digna, deverá observar e suportar os ônus decorrentes da defesa do consumidor.⁵⁵

É possível dizer que se encontra na Constituição Federal um óbice para o desenvolvimento de atividade econômica lesiva ao consumidor, eis que o legislador constituinte alçou a defesa do consumidor à categoria de garantia-base, sem a qual a atividade econômica não tem lugar dentro do campo da legalidade.

Marcelo Gomes Sodré⁵⁶, ao comentar ao artigo 170, pondera:

O legislador constitucional, em 1988, optou por estabelecer que a livre iniciativa e a defesa do consumidor eram ambos, em conjunto, princípios da ordem econômica; por esta razão, tais princípios devem ser compatibilizados. Melhor dizendo: a livre iniciativa deve ser limitada (não é tão livre quanto poderia parecer!) ao fato de o consumidor não ser lesado. E cabe ao Estado, pelas mais diversas formas, prevenir e punir a ultrapassagem destes limites. É este, inclusive, o sentido do disposto no parágrafo único do artigo 170 da CF.

Ademais, com o objetivo de trazer a regulamentação da questão à sede infraconstitucional, aponta-se o artigo 48 do ADCT, que trouxe a seguinte determinação: “O Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

⁵⁵ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, p. 165

⁵⁶ Idem.

A “codificação” ocorreu após o trabalho de uma comissão de notáveis juristas adeptos ao tema. Teve seu tratamento final depois de decorridos quase dois anos, até que o diploma legal de proteção e defesa do consumidor foi, então, votado e aprovado com alterações do projeto inicial, culminando com a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

No Brasil, a proteção do consumidor apresenta disciplina constitucional, o que revela a magnitude da tutela jurídica.

De interesse neste ponto do trabalho são as considerações de Cláudia Lima Marques⁵⁷:

A Lei 8.078/90 tem clara origem constitucional (artigo 170, artigo 5º, todos da Constituição Federal de 1988/CF/88), subjetivamente direito fundamental e princípio macro, ordenador da ordem econômica do país. E igualmente lei geral principiológica em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo.

Além do artigo 5º, inciso XXXII, do artigo 170, inciso V e do artigo 48 do ADCT, Marcelo Gomes Sodré⁵⁸ destaca que o artigo 24 da norma constitucional em vigor tem dois incisos (V e VIII)⁵⁹ relevantes na formação de um sistema nacional de defesa do consumidor.

Contudo, aponta o citado autor que a Constituição Federal foi pouco sistemática no que diz respeito à defesa do consumidor, não existindo um capítulo específico, nem um artigo específico sobre o tema, o que demonstra algum atraso do Brasil em relação a outros países, pois em constituições contemporâneas tal já ocorria.⁶⁰ Logo, deduz-se que as diretrizes do direito do consumidor estão fortemente relacionadas e vinculadas aos preceitos de natureza fundamental.

Assim, urge demonstrar a importância do direito constitucional para o tema tablado, pois é por meio dele que se garantem e se realizam como nas palavras de Paulo Bonavides,⁶¹ “o estabelecimento de poderes supremos, a distribuição da

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

⁵⁸ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, p. 162.

⁵⁹ Art. 24 da CF: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V- produção de consumo; [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁶⁰ Em sua obra, o professor Marcelo Gomes Sodré cita as Constituições Nacionais de Portugal e Espanha, por exemplo, que apresentam artigos sistematizadores a respeito do assunto. No âmbito da América Latina, a Constituição Argentina, em reforma ocorrida em 1994, passou a ter um artigo extremamente organizador sobre a defesa do consumidor. (*Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, p. 164).

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 22.

competência, a transmissão e o exercício da autoridade, a formulação dos direitos e das grandes garantias individuais e sociais”.

De igual forma, verifica-se, pela redação dos dispositivos constitucionais que tratam diretamente do tema da defesa do consumidor, destacada preocupação do constituinte com os denominados direitos metaindividuais, bem como com os direitos individuais pertinentes à seara consumerista.

No magistério de Paulo Sérgio Feuz, a constituição de 1988 teve como grande inovação a previsão dos direitos difusos e coletivos, em especial, o direito do consumidor, incluindo sua proteção no art. 5º, XXXII, [...] nesse sentido, tornou-se o direito do consumidor direito fundamental, isto é, deu destaque à defesa do consumo como base constitucional até mesmo pela busca da igualdade.⁶²

Para Vital Serrano Nunes e Yolanda Alves Pinto Serrano,⁶³ cuidam-se, na verdade, de diferenciada categoria de direitos voltada a um grupo de destinatários, até então em situação de desproteção, tendo em vista a sua não identificação como sujeitos necessitados de especial proteção estatal, já que questões relativas ao agora já catalogado mercado de consumo eram resolvidas em âmbito civil ou comercial.

Essas importantes observações foram necessárias no tocante à base constitucional principiológica, que teve e continua tendo reflexos fundamentais na formação do CDC e que servirão de embasamento à legislação infraconstitucional.

Em razão da importância da compreensão desses fundamentos, na seção seguinte, passa-se a abordar os princípios que norteiam as relações de consumo.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De plano, é importante deixar claro que a análise e respeito da base constitucional dos princípios, na construção das relações de consumo, é o norte que deve ser sempre observado antes de qualquer coisa, conforme acabamos de estudar.

⁶² FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do Consumidor nos Contratos de Turismo*. 1ª ed., Bauru, SP – Ed. Edipro, 2003, p. 22-23.

⁶³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: (doutrina e jurisprudência)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.

Segundo a análise de Luiz Antônio Rizzato Nunes,⁶⁴ o sistema jurídico brasileiro é estruturado de forma piramidal e hierárquica, figurando no topo a Magna Carta, ou seja, a norma mais importante do ponto de partida do ordenamento jurídico inteiro, de tal forma que é ela quem confere validade a todas as demais normas.

Assim, resta evidente que os princípios constitucionais são ainda mais importantes do que os princípios gerais. Aliás, são verdadeiras regras mestras dentro do sistema positivo, conforme já estudamos no capítulo 2. Eles exercem o papel de instrumentos catalizadores de todas as normas constitucionais, sistematizando-as e concatenando-as, a fim de dar forma ao documento jurídico. Portanto, nenhuma interpretação será válida se conflitar com um princípio constitucional.⁶⁵

Celso Ribeiro Bastos ⁶⁶, em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, de forma clara e precisa, tece comentários importantes acerca dos princípios constitucionais. Nas palavras deste doutrinador:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que a norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa, ganha com força valorativa a espalhar-se por cima de um sem número de outras normas.

De fato, na Constituição Federal estão expressos princípios que direcionam e dão sustentação às normas constitucionais implantadas em leis infraconstitucionais, assim como as que estão previstas no CDC.

Tanto é assim que, já no art. 1º do Título “Dos Direitos Fundamentais”, cronologicamente, declara que o regime político é o republicano do tipo federalista e, ato seguinte, fixa que o modelo de Estado é o Estado Democrático de Direito, tendo a República brasileira como fundamentos:

⁶⁴ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 69.

⁶⁵ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p.11.

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p.143.

- a) soberania;
- b) a cidadania;
- c) dignidade da pessoa humana;
- d) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- e) o pluralismo político.

Do art. 3º exsurtem os objetivos fundamentais da República:

- a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária;
- b) a garantia do desenvolvimento nacional;
- c) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais;
- d) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses princípios, que estão ligados a outros relativos aos direitos e garantias fundamentais, são necessários à correta interpretação de todas as normas constitucionais, bem como daquelas instituídas no CDC.

A demonstração dessa base constitucional é, pois, importante para se encetar o estudo dos princípios que norteiam o diploma legal consumeristas, os quais serão estudados de forma sistêmica. É o que se passa a abordar:

- a) soberania;
- b) igualdade;
- c) legalidade;
- d) dignidade da pessoa humana;
- e) informação;
- f) eficiência;
- g) publicidade;
- h) o princípio da proporcionalidade.

2.3.1 Princípio da soberania

A propósito, a soberania é o princípio fundamental do Estado brasileiro, que aparece no inciso I do artigo 1º da Constituição Federal. Encontra-se, também, no inciso I do artigo 170 e está ligado ao artigo 4º, que trata dos princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais.

A soberania de um Estado implica a sua autodeterminação com independência territorial, de modo que pode pôr e impor normas jurídicas na órbita interna e relacionar-se com os demais Estados na ordem internacional.

Luiz Antônio Rizzato Nunes⁶⁷ destaca que é muito importante realçar o aspecto da soberania, quanto mais se pretende, à guisa da implementação de uma ordem globalizada, estabelecer uma série de condutas sem que o sistema constitucional permita.

Vale frisar que o artigo 3º da Constituição Federal emoldura os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. O conceito de justiça espelhado neste texto é aquele dirigido à realidade social concreta.

Referido objetivo consigna uma das metas que o Estado Brasileiro busca constantemente alcançar em um lapso temporal indeterminado. Trata-se, portanto, de uma norma de conteúdo programático.⁶⁸

Em rigor, o conteúdo dessa declaração não é uma abstração da norma máxima, mas sim um objetivo a ser alcançado, realmente, no contexto histórico atual da República. Serve para dar ao intérprete das regras, não importa se constitucionais ou infraconstitucionais, alternativas para a resolução de problemas não só a partir dos princípios reguladores da justiça como daqueles tradicionalmente conhecidos como equidade na aplicação de cada caso concreto.

Também, como decorrência do estabelecido no mesmo dispositivo constitucional, a República Federativa do Brasil tem como objetivo a construção de uma sociedade solidária. Trata-se de um dever ético que se impõe a todos os membros da sociedade, na medida em que compõem um único Estado social.

Do fundamento constitucional da livre iniciativa se retira, como sendo essencial para o atingimento desta meta, a observância da livre contratação.

Pois bem. Para criar o elo com as normas protetivas do CDC é bom lembrar que a livre contratação também é crucial em uma relação de consumo. O consumidor é livre para negociar com qualquer tipo de fornecedor, contanto que seja feita de forma lícita e legal. Então, para que se aperfeiçoe o Estado Democrático de Direito que a sociedade deseja é fundamental a observância deste princípio, além de

⁶⁷ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p.17.

⁶⁸ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da et al. *Direito constitucional*. Concursos públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996, p. 21.

outros, como o princípio da informação, que trataremos mais adiante, como também o da justeza nas relações consumeristas, pela necessidade de que sejam respeitadas as obrigações de cada parte, buscando sempre evitar o desequilíbrio contratual.

Além disso, não se pode olvidar a importância da segurança jurídica nas relações de consumo e a observância do compromisso das partes com o justo, consoante fundamento da teoria contratual.

Sobre segurança jurídica e justiça, Humberto Theodoro Junior⁶⁹ comenta:

Segurança e justiça passaram a ser os dois valores a serem perseguidos em plano de harmonização efetiva.

[...]

Essa nova postura do direito em face do contrato, evidentemente não implica negar sua relevância como instrumento jurídico indispensável para coadjuvar nas etapas econômicas de circulação das riquezas, e que, assim, sua justificação e seu objetivo inclua, necessariamente, a busca do lucro no tráfego jurídico-mercantil. Negar isto seria o mesmo que ignorar a estrutura econômica da sociedade contemporânea, a que presta serviço o instituto do contrato. Mas, o que a atual roupagem do contrato apresenta de inovação é o compromisso de uma contratação equilibrada, onde os valores em intercâmbio, de bens ou serviços, guardem relação razoável.

No *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, a intenção do legislador constituinte foi a de fixar a igualdade entre os indivíduos, conforme o inciso I, que assim determina: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Sahid Maluf⁷⁰, com precisão, traduz o sentido de igualdade:

No sentido formal, a igualdade jurídica (perante a lei) que lhe deu o liberalismo dos séculos XVIII e XIX, consiste no seguinte: a lei será uma só para a nobreza, o clero e o povo; não concederá títulos nobiliárquicos e não admitirá privilégios de castas ou classes sociais; não permitirá a escravidão nem qualquer restrição de direitos ou prerrogativas que neguem a dignidade da pessoa humana; não conterà normas especiais que façam discriminações entre pessoas de diferentes raças, religiões ou ideologias; não criará tribunais de exceção; não ampliará nem restringirá os direitos de liberdade por razões de ordem pessoal, sejam quais forem.

⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito do consumidor*. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.11.

⁷⁰ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 282-283.

2.3.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade, assim entendido, sem embargo da expressão perante a lei, é cogente para os Três Poderes, sua observância é condição de validade da lei feita ou a fazer-se, bem assim, dos atos administrativos e judiciários. Na ordem civil, sua amplitude se estende às entidades autárquicas ou paraestatais e também a empresas, associações e estabelecimentos particulares.⁷¹

Trata-se, portanto, de uma norma dirigida ao aplicador da lei e ao próprio legislador, uma vez que somente por meio da positivação é possível igualar os indivíduos. Sendo assim, a elaboração de toda e qualquer norma deve basear-se no tratamento igual das pessoas. O princípio da igualdade proíbe, assim, que uma lei seja fonte de privilégios ou perseguições; deve ela tratar todos de forma isonômica.

Daniel Orfale Giacomini⁷² afirma que o princípio da igualdade é fundamental para as normas que norteiam as relações de consumo, pois o objetivo do CDC é determinar o ponto de equilíbrio entre consumidores e fornecedores, tratando os desiguais de forma desigual.

Nesse ponto, questionamos o tratamento desigual que é dado aos consumidores, quando optam por fazer a contratação via *online*, já que a velocidade com que as informações são processadas, muitas vezes é mitigado do consumidor o direito de informação sobre o produto ou serviço, por mais que alegue o fornecedor a prevalência do princípio da autonomia da vontade, bem como a eficácia do *pacta sunt servanda*.

Com efeito, tratar com desigualdade seria discriminar, não manter uma igualização. Uma das funções da lei é discriminar situações, e isso não fere, por si só, o princípio da igualdade. Em outras palavras, nada impede que a lei adote um critério de discriminação, desde que este seja justificado e tenha correlação lógica com o tratamento jurídico e os valores protegidos.

Em consonância com as explanações acima, tem-se a norma consagrada no artigo 4º, inciso III, do CDC, *in verbis*:

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a

⁷¹ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 282-283

⁷² GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor*. p. 48.

necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal de 1988), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Com essa disciplina percebe-se que o legislador procurou garantir, de alguma forma, a igualdade e a harmonia entre as pessoas envolvidas na relação de consumo. Este equilíbrio, não raro de difícil operacionalização, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor, vem respaldado na lei.

Desse enunciado também se extrai que a igualdade das partes deve ser absoluta, não devendo existir distinções que provocariam máculas no direito de igualdade e, conseqüentemente, o desequilíbrio contratual e processual.

O princípio da igualdade é o mesmo princípio da isonomia. Referem-se ambos à isonomia entre homens e mulheres, consumidores e fornecedores, contratantes e contratados, empregadores e empregados, entre outros, a depender da relação jurídica realizada.

O professor Luiz Antônio Rizzato Nunes⁷³, de forma precisa, traz um bom exemplo que relata a necessidade de se observar o princípio da igualdade, quando se trata de relação de consumo. Nas palavras deste doutrinador:

Na questão do consumidor existem várias práticas que violam o princípio constitucional. Veja-se, por exemplo, um caso típico de discriminação ao consumidor: o sucesso do filme 'Titanic' ganhador de vários Oscars, levou, durante semanas, milhares de pessoas (consumidores do serviço de diversão) às salas de cinema. A procura era tamanha que o público tinha de chegar mais de três horas antes do início de cada sessão (sendo que o próprio filme tem mais de três horas de exibição). Era um enorme esforço. Mas, ao que tudo indica, os consumidores não se importavam. Acontece que os exibidores firmaram um contrato com os administradores de cartão de crédito Diners Club que permitia que seus usuários pudessem adquirir os ingressos para assistir o filme sem pegar fila. Foi um verdadeiro 'fura-fila'. Esses consumidores privilegiados passaram o gozar de um direito não oferecido aos demais. Isso porque somente podiam comprar pelo telefone os portadores do indigitado cartão de crédito. Bem ao estilo de George Orwell, esses usuários do cartão eram 'mais iguais que os outros iguais'. Não resta dúvida de que aquela prática era ilegal, na medida em que feria o princípio de isonomia previsto na Carta Magna.

De fato, analisando o exemplo do citado autor, não há como aceitar o tratamento diferenciado em detrimento de outros consumidores que esperavam na

⁷³ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 88.

fila para comprar os ingressos. Ainda, o exemplo permite afirmar que o tratamento diferenciado em relação de consumo só se justifica quando o consumidor, pela sua condição, merecer atenção especial, como é o caso de atendimento privilegiado para idosos e mulheres grávidas.

2.3.3 Princípio da legalidade

O princípio constitucional da legalidade, elencado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, fixa: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

Importantes são os ensinamentos de Alexandre de Moraes⁷⁴ a respeito:

O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio busca combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.

O princípio da legalidade é o sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Tem como alvo preceituar que somente condutas típicas, determinadas em lei, do qual se impõe sanção, submetem o agente do fato à pena cabível. Tal informação tem ligação direta com o inciso XXXIX do artigo 5º, que informa: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desse enunciado, extraem-se dois princípios – da anterioridade e da reserva legal –, exigindo que o preceito e a sanção estabelecidos pelo legislador precedam o fato típico.

Deste princípio se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo.⁷⁵

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 66.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.83

Pois bem. No Brasil, o movimento consumerista foi coroado com a inclusão da defesa do consumidor no texto constitucional. Admite-se a defesa do consumidor como princípio constitucional e, ainda, como direito fundamental. Assim está veiculado no inciso XXXII do artigo 5º: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A partir da disciplina estampada nesse inciso, autoriza a construção de um sistema normativo de competência da União, que regulará as relações de consumo. Surge, então, o CDC, nos termos da Lei nº 8.078 de 1990.

2.3.4 Princípio da dignidade humana

Importante mencionar, ainda, em sede constitucional, que há o princípio geral de direito da dignidade humana, que dá densidade normativa às relações de consumo, funcionando como verdadeiro fundamento para a disciplina do direito do consumidor.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios que fundamenta o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, estampado no artigo 1º, inciso III, da CF.

Referido princípio é de suma importância, uma vez que servirá de guia para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas.

No mesmo sentido, Luiz Antônio Rizzato Nunes⁷⁶ ensina:

No atual diploma constitucional, pensamos que o principal direito constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana. É ela, a dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

Fábio Konder Comparato⁷⁷ traz um conceito do que representa a dignidade para o ser humano:

A dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de

⁷⁶ RIZZATO NUNES, Luis Antônio. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 421.

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

determinado resultado. Ela resulta também o fato de que, pela sua vontade racional, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Mesmo elevando o respeito à dignidade humana ao patamar de princípio fundamental da República brasileira (artigo 1º, III), para a sua concretização foi necessário estabelecer certas garantias – mínimas – e certos direitos básicos, assegurados no artigo 6º, relativamente aos direitos sociais: educação; saúde; trabalho; lazer; segurança; proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. Em outras palavras, o legislador constituinte reconheceu que sem estas garantias mínimas, não há vida digna.

Ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁷⁸ cria a expressão “ piso vital mínimo”, relacionada aos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que devem ser assegurados concretamente ao indivíduo, a fim de garantir e respeitar a sua dignidade.

Nessa esteira, Luis Antônio Rizzato Nunes⁷⁹ faz o seguinte comentário: “De fato, não há como falar em dignidade se esse mínimo não estiver garantido e implementado concretamente na vida das pessoas”.

Essa assertiva abre espaço para algumas importantes indagações. De que forma uma pessoa poderia ter a sua igualdade garantida se não lhe fossem asseguradas saúde e educação, por exemplo? Como garantir a dignidade do indivíduo sem afiançar a qualidade de vida?

Nas palavras da ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Fátima Nancy Andrighi⁸⁰, para alcançar a dupla perspectiva (reconhecimento e favorecimento), o conceito razoavelmente abstrato de dignidade humana precisa ser concretizado e, então, dois caminhos se apresentam ao jurista. O primeiro é tomar a dignidade como princípio informador do ordenamento jurídico. O princípio orienta a atividade de dois atores: (i) do legislador, que ao elaborar normas específicas, determinando condutas e abstenções, haverá de maximizar a dignidade; e (ii) do intérprete, que diante de duas ou mais possibilidades exegéticas deve privilegiar aquela que esteja em maior consonância com a dignidade humana, utilizando-a como critério material para a

⁷⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva: 2000, p. 35.

⁷⁹ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p. 25.

⁸⁰ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. p. 1.143.

ponderação de interesses, quando da colisão de princípios constitucionais. O segundo caminho de cristalização desse conceito abstrato é considerá-lo como cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

André Osório Gondinho,⁸¹ a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, apresenta o seguinte posicionamento:

[...] nossa ordem constitucional tem como fundamento básico a dignidade da pessoa humana, o que significa que todo o direito deve ser construído, seja por via legislativa, seja por concreção judicial, sobre essa noção. O preceito constitucional deve ser uma diretriz ao legislador ordinário, mas também ao operador que utilizá-lo como normativa para aplicação de regra ordinária, seja um modelo casuístico, seja uma cláusula geral.

Ainda, nas palavras da ministra Fátima Nancy Andrighi:⁸²

Ora, se a dignidade de pessoa humana é um valor em si mesmo, absoluto, conclui-se que nas relações de consumo, o fornecimento de produtos e serviços não pode se dar em detrimento da dignidade do homem-consumidor, sobretudo de seus direitos da personalidade, como o direito à honra, a um nome sem mácula, à intimidade, à integridade física, psíquica e à imagem, entre outros. Esses direitos vêm previstos no Código de Defesa do Consumidor, em particular nos arts. 6º, inc. I, que expressa a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor; 8º, como complementação do 6º; 42, 43 e 71, que implicitamente resguardam a honra e a imagem do consumidor.

Como se pode observar, o CDC concretiza os preceitos da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo. Entretanto, talvez não seja esta a sua maior virtude, já que, em rigor, suas regras estão implícitas na cláusula geral de dignidade humana contida na Constituição Federal.

2.3.5 Princípio da informação

De suma importância para o direito do consumidor é o princípio da informação, que está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, precisamente no artigo 5º, inciso XIV, *in verbis*: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

⁸¹ GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, abril/jun. 2000, p. 2-19.

⁸² ANDRIGHI, Fátima Nancy. A Tutela Jurídica do Consumidor e o Respeito à Dignidade da Pessoa Humana, p. 1.145.

Como visto, além de ser um princípio constitucional, percebe-se a preocupação do legislador em garantir a adequada informação na relação de consumo.

Luis Antônio Rizzato Nunes⁸³ leciona que, no texto constitucional, o direito de informação pode ser contemplado em três espécies: direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado. O *direito de informar* é uma prerrogativa constitucional (uma permissão) concedida às pessoas físicas e jurídicas. É o dispositivo do *caput* do artigo 220. O *direito de se informar* é uma prerrogativa concedida às pessoas. Decorre da existência da informação. O texto constitucional, no inciso XIV do artigo 5º, assegura primeiramente o direito à informação em geral, mas garante sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Esse é um limite. Mas há outros: o do inciso X, por exemplo. No âmbito constitucional o *direito de ser informado* é menos amplo do que no sistema infraconstitucional de defesa do consumidor. O direito de ser informado nasce, sempre, do dever que alguém tem de informar outrem. Basicamente, o texto constitucional estabelece o dever de informar que têm os órgãos públicos.

O direito de informar é basicamente uma prerrogativa conferida pela Carta Magna; os outros dois são obrigações, sendo de grande relevância para as relações de consumo. Isto porque o dever de informação não se refere apenas ao bem oferecido – produto ou serviço. A informação também deve estar presente na relação contratual de forma ampla. Em outras palavras, o consumidor tem o direito de ser informado de maneira clara e precisa, quanto a todas as fases da negociação, os possíveis desdobramentos, as consequências e os efeitos, de forma que possa manifestar sua vontade em adquirir o produto/serviço sem mácula ou ignorância de algum fator, que, se tivesse conhecimento, o levaria a não contratar.

Com o intuito de tentarmos entender melhor o direito de informação garantido pela CF, bem como pelo CDC, pretendemos realizar uma pesquisa de campo junto aos SACs (Serviço de Atendimento ao Consumidor) das empresas cujo objetivo é investigar e saber se o direito de informação aos consumidores, no momento da compra de um produto ou contratação de serviços, está sendo cumprido pelos fornecedores antes, durante e após o evento contratação.

⁸³ RIZZATO NUNES, Luis Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p. 49-52.

Acrescente-se, junto com Paulo Luiz Neto Lôbo,⁸⁴ que o acesso à informação, em especial, é indeclinável, transformando-se em garantia de que o consumidor possa exercer dignamente o direito de escolha, máxime quando as necessidades não são apenas reais, mas induzidas pela publicidade massificada.

Sobre o princípio em comento, cumpre destacar os ensinamentos de Alexandre David Malfatti:⁸⁵

O princípio da informação pode ser classificado, como um princípio constitucional implícito extraído da interpretação sistemática – atuando em conjunto com o processo de generalização – de outros princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana; da livre iniciativa, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza; da redução das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem de todos; da proteção à vida (e à saúde); da liberdade de expressão (intelectual, artística, científica e comunicação); do acesso à informação; da defesa do consumidor; da livre concorrência; do respeito aos valores éticos e sociais e da família. Não se tem dúvida, desta forma, do nível constitucional do princípio da informação nas relações de consumo.

Em suma, pode-se afirmar, sobre o direito de informação, que o direito de informar é basicamente uma prerrogativa conferida pela Carta Magna; os outros dois são obrigações e, diga-se de passagem, bastante relevantes para as relações de consumo. Este princípio é de grande importância, não só está previsto na CF/1988, como também nas relações de consumo, principalmente no momento de adesão às contratações, que servirá de suporte para o desfecho da tese que será retomado no capítulo 3.

2.3.6 Princípio da eficiência

Ainda, com relação aos princípios constitucionais de proteção ao consumidor, merece destaque o princípio da eficiência, a ser observado pela administração pública direta e indireta.

Bem a propósito, o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União,

⁸⁴ LÔBO NETO, Paulo Luiz. A informação como direito fundamental do consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria (Orgs.). *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VIII. p. 97.

⁸⁵ MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Na avaliação de Luis Antônio Rizzato Nunes⁸⁶:

Se para a iniciativa privada a Constituição Federal de 1988 guardou os princípios da atividade econômica, por meio dos quais o empreendedor está obrigado a assumir riscos e, pelo parâmetro da concorrência, oferecer produtos e serviços com melhor qualidade e preço mais baixo. Para o serviço público, o texto constitucional reservou o da eficiência.

A redação *do caput* do artigo 37 é efetuada pela Emenda Constitucional de nº 19, de 4 de junho de 1998, que exatamente inclui o termo “eficiência” na norma. Mas o inciso IV do parágrafo único do artigo 175 do texto constitucional já dispunha sobre a obrigação de se manter o serviço adequado.

Assim, a obrigatoriedade da adequação do serviço público se acresceu a eficiência. Isso significa dizer que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. A eficiência, portanto, é um *plus* necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual este foi criado é suprida concretamente. É isso que o princípio constitucional da eficiência pretende.⁸⁷

Portanto, para que o serviço seja realmente eficiente tem que cumprir a sua finalidade na realidade concreta. Ou seja, o sentido de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona! No caso das relações de consumo, não deve ser diferente.

2.3.7 Princípio da publicidade

Agora é a vez do estudo do princípio da publicidade que alude ao meio utilizado para aproximar o produto e/ou serviço do consumidor nas relações de consumo.

A Constituição Federal cuidou da publicidade do serviço público no artigo 37, que autoriza, entre outros, o princípio da moralidade (§ 1º do artigo 37). Tratou também da publicidade de produtos, práticas e serviços no capítulo da comunicação social (inciso II do § 3º do artigo 220), guardando regra especial para anúncios de

⁸⁶ RIZZATO NUNES, Luis Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p. 60.

⁸⁷ Idem

bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (§ 4º do artigo 220). O inciso II do § 3º do artigo 220 rechaçou a publicidade nociva à saúde e ao meio ambiente. A pessoa e a família, além de outras garantias, têm assegurado o respeito a valores éticos (inciso IV, do artigo 221).

Logo, tanto no artigo 37 quanto no capítulo da comunicação social, o legislador constituinte protegeu a ética. E, para fins de publicidade em matéria de relações de consumo, o valor ético fundamental é o da verdade.⁸⁸

Nessa linha de raciocínio, o anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia, de forma alguma, quer seja por afirmação, quer seja por omissão. Também é vedado manipular frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio.

Guilherme Fernandes Neto⁸⁹ menciona que a proporcionalidade aplicada aos contratos de consumo corresponde ao legado de Dante Alighieri, que assim vaticinou: “*Jus est realis ac personalis hominis ad hominem propotio, quae servat societatem; corrupta, corrumpit*”. Em tradução livre, significa dizer que o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.

2.3.8 Princípio da proporcionalidade

Por fim, o princípio da proporcionalidade que foi primeiro constituído pelo direito administrativo,⁹⁰ posteriormente utilizado no direito constitucional⁹¹ e, atualmente, consagrado no direito do consumidor.

⁸⁸ RIZZATO NUNES, Luis Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p. 63

⁸⁹ FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor – cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 69

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110. “Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”.

⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 226-227. “A razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, é um importante princípio constitucional que limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, vedando que os órgãos ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais. [...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.

Nas palavras de Paulo Bonavides,⁹² o princípio da proporcionalidade foi positivado no sistema constitucional, além de outros dispositivos estampados no artigo 170, *caput*, da CF, que constitui a justiça social como base para a ordem econômica, na qual se subsume o princípio da proporcionalidade.

Além disso, o parágrafo 2º do artigo 5º da CF determina que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, entre eles, o princípio da proporcionalidade.⁹³

De fato, o princípio da proporcionalidade foi positivado na CF e depois migrou para o direito do consumidor. Essa migração do princípio da proporcionalidade para a relação de consumo (inclusive os contratos) pode ser observada no art. 4º, III, do CDC, que dispõe sobre a harmonização dos participantes da relação de consumo e que se realizará de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica prevista no art. 170 da CF.

Esses, portanto, são os princípios constitucionais considerados essenciais à proteção do direito do consumidor, que, atrelados à busca da garantia da boa-fé e da harmonia nas relações de consumo, representam uma tendência mundial na tutela dos consumidores.

Entrementes, mesmo diante dessas importantes garantias constitucionais já apresentadas, para que se busque e se consolide a tutela dos direitos dos consumidores, não se pode olvidar da importância do estudo dos princípios constitucionais processuais, como se verá a seguir e que servirão de suporte quando estivermos tratando do estudo do dirigismo contratual no capítulo 5.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Na visão de Cândido de Rangel Dinamarco,⁹⁴ direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição Federal e das relações mantidas com ela. Ou seja, o método constitucionalista inclui em primeiro lugar o estudo das recíprocas influências existentes entre a constituição e processo – relações que se expressam

⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 335.

⁹³ Idem.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193-194.

na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem.

A tutela constitucional do processo é representada por princípios e garantias, que, emanados da Magna Carta, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se, portanto, de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem política constitucional do país.

A Constituição Federal impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista, jurisdicional ou não), a saber:

- a) devido processo legal;
- b) igualdade;
- c) juiz natural;
- d) direito de ação;
- e) contraditório e ampla defesa;
- f) publicidade.

Contém ainda as linhas com as quais interfere o princípio do duplo grau de jurisdição (ao estruturar basicamente o poder judiciário e indicar a competência recursal dos tribunais). Além disso, formula a exigência de motivação das decisões judiciais, que não se qualifica como princípio porque lhe falta o caráter de ideia mestra, ou ponto de partida. Trata-se de exigência técnica das mais importantes e de grande responsabilidade pelo perfil político-democrático do processo, sendo uma projeção especificada do princípio do *due process of law* – este sim, autêntico princípio⁹⁵.

Em resumo, a Constituição Federal formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo, que se pode qualificar como garantia-síntese: o acesso à justiça⁹⁶.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*, p. 202.

⁹⁶ Essa é também a finalidade da oferta das tutelas diferenciadas que se reúnem no conceito de jurisdição constitucional das liberdades. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*, p. 202.

2.4.1 O devido processo legal como postulado constitucional fundamental ao processo civil

Para Nelson Nery Junior⁹⁷, o direito processual está subordinado aos princípios constitucionais gerais entre os quais emerge o princípio da dignidade humana, que se apresenta como fundamento da nossa República, tal a sua magnitude no direito constitucional brasileiro. Além dos princípios constitucionais gerais que atuam no processo, há os específicos, cuja incidência é direta.

O princípio constitucional fundamental do processo civil, que se entende como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão de origem inglesa: *due process of law*, a significar, na ordem constitucional brasileira que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, 5º, LIV).⁹⁸

Ainda nas palavras do doutrinador, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.⁹⁹

Humberto Theodoro Junior¹⁰⁰ faz uma assimilação da idéia de devido processo legal à idéia de processo justo.

Nesse âmbito de comprometimento com o ‘justo’, com a ‘correção’, com a ‘efetividade’ e a ‘pobreza’ da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, condenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Como justo, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal. Ou seja, é o processo

⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78-79.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 83

¹⁰⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I, p. 29.

que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade.

2.4.2 O devido processo legal em sentido material e processual

A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material e, de outro lado, à tutela daqueles direitos por meio de processo judicial ou administrativo.¹⁰¹

O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas, a propósito, identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade¹⁰².

No direito privado, prevalece o princípio da autonomia da vontade com a consequente liberdade de contratar, de realizar negócios e praticar atos jurídicos. Podem ser praticados quaisquer atos, mesmo que a lei não os preveja, desde que não atentem contra as normas de ordem pública ou contra os bons costumes: o que não é proibido é permitido. É o que se denomina de princípio da atipicidade dos negócios jurídicos privados.¹⁰³

Em sentido processual, a expressão alcança outro significado, mais restrito, como é crucial. Em virtude desse conteúdo estritamente processual da cláusula constitucional, pode-se nominá-lo de devido processo, significando as repercussões e incidências, no processo, do princípio do devido processo legal¹⁰⁴.

No direito processual americano, a cláusula (*procedural due process*) significa o dever de se propiciar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) juiz imparcial; c) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) oportunidade de apresentar provas ao juiz; e)

¹⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 83.

¹⁰² Idem

¹⁰³ Ibidem, p. 84

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 86

chance reperguntar as testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) obter decisão fundamentada, com base no que consta dos autos¹⁰⁵.

É nesse sentido, unicamente processual, que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução “devido processo legal”.¹⁰⁶

Em suma, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte do Estados Unidos.¹⁰⁷

A amplitude da cláusula do devido processo legal tornaria desnecessária, como já mencionado, qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao direito processual. Nada obstante, é importante fixar os critérios de incidência do princípio em suas variadas manifestações, notadamente no que respeita aos limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e as garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o Estado de direito nem atende ao interesse público.¹⁰⁸

A seguir, passa-se à análise dos princípios do processo em sede constitucional. Antes, porém, consigna-se que a escolha de qual princípio analisar não foi arbitrária, seguiu-se o critério lógico-sistemático e fundamental do ponto de vista de sua preponderância constitucional.

2.4.3 Princípio da isonomia

Em seu artigo 5º *caput* e inciso I, a Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verifica-se que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico.

Bem por isso, a norma do Código de Processo Civil (CPC), artigo 139, inciso I, teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.15.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973, p.16.

¹⁰⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 98.

Dessa assertiva, duas ilações exsurgem: são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigualam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigualam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Outra inferência alude à necessidade de se buscar na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.

O CDC, em seu artigo 4º, I, reconhece o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Portanto, para que se tenha a isonomia real entre o consumidor e o fornecedor, é preciso que sejam adotados mecanismos com o da inversão do ônus da prova, que iremos tratar adiante, estatuído no artigo 6º, VIII, do referido diploma legal, como direito básico do consumidor. Este artigo não é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desde que a desigualdade seja reconhecida pela lei.

Neste cenário, nas contratações via online, por exemplo, observamos que é praxe os consumidores não receberem as informações que se esperam do produto ou serviço, além disso, é comum não receberem também os contratos de adesão. Quando o consumidor procura o judiciário para fazer valer o seu direito é natural que o juiz conceda a inversão do ônus da prova, em privilégio ao princípio processual da isonomia.

O tema da prática do princípio isonômico pelo juiz é muito próximo ao da imparcialidade e com ele bastante relacionado. O juiz imparcial atua de modo equilibrado, o parcial é propenso a buscar o favorecimento de uma das partes. Nem teria significado a preocupação pela imparcialidade do juiz, não fosse com o fito de garantir aos sujeitos litigantes o tratamento isonômico indispensável para que, ao fim, o processo possa oferecer tutela jurisdicional a quem efetivamente tem razão.¹⁰⁹

Na outra ponta, o tema da isonomia conflita com o das garantias da liberdade, do contraditório e da ampla defesa, porque a igualdade das partes inclui igualdade de oportunidades, de participar do processo com liberdade, de defender-se adequadamente.

¹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*, p. 214-215.

2.4.4 Princípio do juiz natural

Segundo o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁰, a garantia do juiz natural consiste em exigir que os atos de exercício da função estatal jurisdição sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição Federal e competentes segundo a lei.

Nelson Nery Junior¹¹¹ destaca que a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que:

- 1) não haverá juízo *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção;
- 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei;
- 3) o juiz competente tem de ser imparcial.

Quando a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, adotou o princípio do juiz e do promotor natural. A proibição da existência e criação de tribunais de exceção é o complemento do princípio do juiz natural.

Cumprе salientar que o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente às hipóteses de competência absoluta, já que é preceito de ordem pública. Assim, não se pode admitir a existência de mais de um juiz natural. A competência cumulativa ou alternativa somente é compatível com os critérios privatísticos de sua fixação, isto é, em se tratando de competência relativa.

2.4.5 Princípio do direito de ação

Dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Nelson Nery Junior¹¹², embora o destinatário principal dessa norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não

¹¹⁰ Ibidem, p. 208.

¹¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 130.

¹¹² Idem

pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

Segundo o doutrinador, pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que esta tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for de medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.¹¹³

O direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso, tanto o titular do direito individual, quanto o do direito metaindividual (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

A respeito do direito de ação, vale registrar os ensinamentos de Patrícia Miranda Pizzol¹¹⁴, ao comentar o artigo 83 do CDC:

De acordo com o disposto no artigo em epígrafe, todas as espécies de ações (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas *lato sensu*, cautelares, executivas), que se destinem à proteção dos direitos e interesses tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor são admissíveis.

A citada autora aduz que é por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação), não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão, seja esta individual ou coletiva (fundada em direito difuso, coletivo ou individual homogêneo).¹¹⁵

Dessa feita, não basta que seja garantida a todos a tutela jurisdicional dos direitos que a ordem jurídica lhes confere. É necessário que se garanta também a efetividade na prestação dessa tutela. Foi com esse objetivo que o legislador previu expressamente a possibilidade de serem utilizadas todas as espécies de ação para a defesa dos direitos e interesses coletivos.

¹¹³ Ibidem, p. 174.

¹¹⁴ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 159-160.

¹¹⁵ Idem

2.4.6 Princípio do contraditório e ampla defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa está expresso no texto constitucional vigente, nos seguintes termos:

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:

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

Na concepção de Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁶, a garantia do contraditório, imposta pela Constituição Federal, com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não –, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz dever franquear-lhes estes meios.

Significa dizer, também, que o juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste se resolve, portanto, em um direito das partes e uma série de deveres do juiz¹¹⁷.

O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do Estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer exprimir que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.¹¹⁸

A garantia do contraditório é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, opoente, chamado ao processo –, assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei.

Cláudia Lima Marques¹¹⁹, ao comentar o artigo 83 do CDC, afirma que o microssistema processual de defesa do consumidor ergue-se sobre dois grandes pilares: (i) o da ampla tutela – permitindo que se investiguem em toda a legislação os instrumentos mais adequados à proteção do interesse definido – ao lado dos

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*, p. 220.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 211.

¹¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p.1.355.

novos poderes instrutórios do juiz, estabelecidos no art. 84; e, também, com grande importância na tutela do hipossuficiente, (ii) a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do referido diploma legal consumerista.

Como dito anteriormente, o princípio do contraditório tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação.

Com efeito, os artigos 6º, VIII, e 38 do CDC comportam interpretação diferenciada por ser norma de ordem pública e de interesse social.

O artigo 38 do CDC, segundo Kazuo Watanabe¹²⁰, estabelece uma hipótese de inversão *ope legis* dos ônus da prova. Na verdade, somente haverá inversão do ônus da prova segundo a posição processual que esteja a ocupar quem é beneficiado pela regra. Se é o patrocinador da publicidade quem, com a afirmativa de veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, postula uma tutela jurisdicional, não haverá inversão do encargo de provar, pois, nos termos do artigo 373, I, do CPC, é seu o ônus da prova. Haverá a inversão do ônus da prova se a posição processual for de quem assume uma atitude defensiva diante da afirmativa do consumidor de inveracidade ou incorreção da informação ou comunicação publicitária, pois, nesta hipótese, pelas regras do direito processual comum, o ônus da prova seria do autor, na hipótese o consumidor.

A regra do artigo 38 corresponde ao dever inscrito no artigo 36, ambos do diploma consumerista, no sentido de que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. Esse dever, aliás, é reforçado pelo artigo 69 do CDC, que prevê um tipo penal para quem o descumpre.

A inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do artigo 6º do CDC, estabelece ser um dos direitos básicos do consumidor, *litteris*:

[...] 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; [...]”.

¹²⁰ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 811-812.

Esse dispositivo sofreu críticas sob o argumento de que houve um agravamento da responsabilidade dos fabricantes, comerciantes e prestadores de serviços.

Não se deram conta, porém, os críticos, de que o projeto do CDC estava a adotar a responsabilidade objetiva, que constitui um regime jurídico bem mais rigoroso que o de mera inversão do ônus da prova, mormente com o estabelecimento de condições para que esta inversão possa ser admitida¹²¹.

Na visão de Kazuo Watanabe¹²², o texto constitucional foi bem examinado, no tocante a inversão do ônus da prova. Para ele, a primeira hipótese, por exemplo (juízo de verossimilhança), nada mais constitui do que explicitação em texto legal da possibilidade de solução que os juízes já vêm adotando, há muito tempo, em qualquer demanda cível.

2.4.7 Princípio da publicidade

A publicidade dos atos processuais, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco,¹²³ constitui projeção da garantia constitucional do direito de informação (CF, art. 5º, inc. XIV) em sua específica manifestação referente ao processo.

Os agentes públicos, atuando como personificações vivas do próprio Estado dão conta de suas atividades aos sujeitos diretamente interessados, aos seus superiores hierárquicos, aos órgãos de fiscalização institucionalizada e ao público, a bem da transparência destinada a permitir o controle interno e externo daquilo que fazem ou omitem. Para o controle de seu grau de aplicação ao serviço público, lisura no proceder e qualidade do serviço, devem os juízes estar sob uma vigilância tal que permita a justa reação dos destinatários de seus atos, a formação de opinião pública e a atuação fiscalizadora e disciplinadora dos órgãos competentes¹²⁴.

No que diz respeito ao conhecimento pelas partes e seus patronos, as garantias constitucionais da publicidade dos atos do processo (CF, art. 5º, inc. LX; art. 93, inc. IX) constituem apoio operacional à efetividade do contraditório, dado que

¹²¹ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 811-812

¹²² Idem.

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*, p. 242-244.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*, p. 242-244

as reações das partes são condicionadas à ciência dos atos que lhes dizem respeito¹²⁵.

A Constituição Federal autoriza a lei a restringir a publicidade às partes e seus advogados, ou mesmo somente a estes, mas tão só em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (CF, art. 93, inc. IX).

Com esses contornos constitucionais e infraconstitucionais, a publicidade no Brasil é chamada de publicidade restrita e não popular.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover¹²⁶ destaca que a regra geral do código é o da publicidade plena, abrindo exceção para aqueles casos em que o decoro ou o interesse social aconselhe que os atos processuais não sejam divulgados. Para tais casos, adota-se a publicidade restrita.

Aliás, toda precaução há de ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo. Assim, as audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto; não só os juízes são perturbados por uma curiosidade malsã, como as próprias partes e as testemunhas se vêem submetidas a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de conduzir à distorção do próprio funcionamento da justiça, através de pressões impostas ao juiz, às partes, às testemunhas e demais figurantes de drama judicial. Publicidade, como garantia política (cuja finalidade é o controle da opinião pública no serviço da justiça), não pode ser confundida com o escândalo e com o desrespeito à dignidade humana.

O CPC, no art. 226, acolheu o princípio da publicidade, excetuando de sua incidência os atos que digam respeito ao casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos, guarda de menores, e nas demais causas em que se sobrepõe o interesse público.

O CPC, portanto, no retrocitado dispositivo, estabeleceu a regra da publicidade e as exceções nele contidas estão em perfeita consonância com o comando constitucional emergente da Constituição Federal, art. 5º, LX. A recepção do dispositivo do diploma processual vigente pelo novo texto constitucional foi total.¹²⁷

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 134.

¹²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 284.

No CDC, a publicidade passa a ser a fonte de obrigação para o fornecedor. Ou seja, tem que ser precisa para passar a ter os efeitos jurídicos de uma oferta, integrando o futuro contrato.

No entanto, não é o que se observa quando o consumidor opta por comprar um produto ou contratar um serviço, por meio eletrônico, haja vista que o fornecedor não disponibiliza corretamente as informações suficientes, quando faz uma oferta no mercado de consumo.

Isso significa que o fornecedor deve prestar mais atenção nas informações que veicula, através de impressos, propaganda em rádio, jornais e televisão, vez que já se cria um vínculo que, para o CDC, será de uma obrigação pré-contratual.

A seguir, trataremos de estudar o microssistema do CDC, uma vez que a Lei 8078/90 é um sistema próprio e autônomo, porém, não é estanque, está aberto a outros ramos do direito naquilo que o sistema consumerista não prevê, é o que Erik Jayme denomina de “diálogo entre as fontes”,¹²⁸ como, por exemplo, a aplicação dos princípios processuais constitucionais nas relações de consumo, que acabamos de estudar.

2.5 O MICROSSISTEMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de abordarmos o sistema do CDC, é importante lembrar que ainda existe uma série de interpretações equivocadas da Lei nº 8.078/1990, em função do desconhecimento do fato de que o regramento que alude ao direito do consumidor é um sistema próprio e autônomo em relação às demais normas, porém aberto aos outros ramos do direito naquilo que o CDC não regula, para lhe dar suporte na solução, por exemplo, do caso concreto.

Além disso, a Lei nº 8.078/1990 tem status de norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais e anteriores que com ela colidirem.

Nessa esteira, salutar é o estudo do artigo 1º do CDC:

¹²⁸ “Diálogo das fontes” (dialogue de sources), atual é necessário, a permitira aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. JAYME, Erick. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Kluwer, Doordrecht, 1995, p. 259

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

Como se observa do próprio enunciado do artigo 1º do CDC, sua promulgação se deve a mandamento constitucional expresse. Assim, a começar pelo inc. XXXII do art. da Constituição Federal é dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Referida preocupação, nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno¹²⁹, é também encontrada no texto constitucional, art. 170, que cuida da “ordem econômica”, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, desde que observados determinados princípios fundamentais, encontrando-se entre eles a defesa do consumidor (CF, 170, V).

O artigo 150 da mesma Magna Carta trata das limitações do poder de tributar por parte do poder público, no âmbito da União, estados-membros, Distrito Federal e municípios. Estabelece o seu § 5º que a “lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

Ainda, em nível constitucional, a preocupação com a preservação dos interesses e direitos do consumidor aparece no inciso II do artigo 175, da Constituição Federal, quando alude a “usuários” de serviços públicos por intermédio de concessão ou permissão do poder público¹³⁰, dizendo que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Importantes são os comentários de Antônio Junqueira de Azevedo¹³¹:

O direito privado sofre hoje uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um conseqüente controle estatal, que já foi chamado de ‘publicização do direito privado’ e, hoje, de direito civil constitucional, a denotar o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.

¹²⁹ FILOMENO. José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forenses Universitária, 2007, p. 22.

¹³⁰ Idem

¹³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Pós-moderno e a Codificação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 33, 2000, p. 129.

Também o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispunha – dispositivo de eficácia já exaurida, de forma categórica, que: “O Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”, prazo este já de há muito ultrapassado, quando foi finalmente promulgado o texto da Lei nº 8.708/1990.

Cláudia Lima Marques¹³² pondera que o diploma legal de defesa do consumidor se concentra justamente no sujeito de direitos, visando proteger este sujeito, sistematiza normas a partir da ideia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É, por assim dizer, um código especial para “desiguais”, para “diferentes” em relações mistas, entre um consumidor e um fornecedor.

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

No que tange às normas de ordem pública, elas estabelecem valores básicos e fundamentais vigentes na ordem jurídica pátria: são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis de contratos, por vontade individual.

Bruno Miragem¹³³ destaca que a determinação da lei revela um status diferenciado à norma que ao expressar espécie de ordem pública de proteção em razão da vulnerabilidade reconhecida ao consumidor, embora não a torne hierarquicamente superior às demais, outorga-lhe um caráter preferencial.

As normas de interesse social, como autoriza o CDC, constituem verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional.¹³⁴

Rigorosamente, a entrada em vigor de uma lei de função social traz como consequências, modificações profundas nas relações juridicamente relevantes para a sociedade, especialmente quando visam tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, por exemplo. Esta

¹³² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 65.

¹³³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 65.

nova lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes denominadas pelo dogma da autonomia da vontade. Ou seja, são consideradas normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta e transformar a própria realidade social.¹³⁵

Cumpra ainda registrar a importância da aplicação do diálogo das fontes, quando conveniente, nas relações de CDC, defendida por Cláudia Lima Marques.¹³⁶

Há, portanto, “diálogo” porque há influências recíprocas. O “diálogo” também se evidencia na aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementar ou subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o CDC de 1990, e uma lei posterior, como o atual Código Civil, estariam em “conflito”; daí necessária “solução” do “conflito” através mediante a prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão da outra norma do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação).¹³⁷

Sobre a cogência das normas, importantes são os ensinamentos de Maria Helena Diniz¹³⁸:

A imperatividade absoluta de certas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. Existem relações humanas que pela sua grande importância são reguladas, taxativamente, em normas jurídicas, a fim de evitar que a vontade dos particulares perturbe a vida social. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso é que são também chamadas de ‘ordem pública’.

Na visão de José Geraldo Brito Filomeno¹³⁹, o CDC é considerado uma lei multidisciplinar, ou seja, repositório de diretrizes e mecanismos próprios às relações

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 65

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. I, p. 28-29.

¹³⁹ Pelo que se pode observar, por conseguinte, trata-se de uma lei de cunho *inter e multidisciplinar*, além de ter o caráter de um verdadeiro microsistema jurídico. Ou seja: ao lado de princípios que lhes são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor se relaciona com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos. Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos direitos constitucional, civil, penal, processual civil e processual penal, administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque a vulnerabilidade do consumidor ante o fornecedor, e sua condição de destinatário final de produtos e serviços, ou desde que não visem ao

de consumo. Nos termos do seu art. 1º, a Lei nº 8.078/1990 é lei de ordem pública e de interesse social, ou seja, possui contorno imperativo, de caráter cogente e obrigatório, o que equivale dizer que nem as partes, nem o magistrado podem dispor de suas normas.

Suzana Maria Catta Preta Federighi¹⁴⁰, dissertando sobre o tema, acrescenta:

Com o advento da Lei Consumerista, foi dada a incumbência de regular o mercado, no intuito máximo de contabilizar os excessos praticados contra o consumidor e dar instrumentos para puni-los, visando garantir a sanidade de um mercado leal. Busca-se o equilíbrio real das relações de consumo, pressupondo-se a real e concreta desvantagem que o consumidor assume nestas relações.

Ademais, o CDC é instrumento apto a regular as relações entre desiguais, consumidor e fornecedor, incluídos aí os consumidores equiparados e os atingidos pela relação de consumo, consoante os artigos 17 e 29 do mesmo diploma legal.

Nelson Nery Junior,¹⁴¹ ao doutrinar sobre o CDC, leciona:

No mundo moderno se tem discutido a respeito da conveniência ou não das codificações, a exemplo do que ocorreu no início do século XIX, cuja predominância das opiniões foi favorável à ideia das grandes codificações com a consequente edição dos códigos civis da França e da Alemanha, apenas para lembrar os principais. A tendência de hoje, porém, é diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microssistemas que atendam determinada situação jurídica, “com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações de regramento pelo microssistema”.

Afirma ainda o citado doutrinador¹⁴² que este diploma legal criou um microssistema de direito das relações de consumo. E aduz que o diploma legal consumerista é um microssistema que reflete a organização de seu conteúdo, bem como a sua especialidade e prevalência em relação a qualquer outra norma que trate de uma questão de consumo, naquilo que a contrarie.

uso profissional. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p.19.

¹⁴⁰ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coords.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 239.

¹⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* nº 3 – São Paulo: RT, 1992, p. 46-47.

¹⁴² NERY JUNIOR, Nelson. *Da proteção contratual*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 507-508.

Pois bem. Essa visão esposada pelo doutrinador permite ancorar a afirmação de que o CDC é uma lei principiológica.

Enquanto lei principiológica, defende Luis Antônio Rizzato Nunes,¹⁴³ o CDC ingressa no sistema jurídico fazendo um corte horizontal para atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Para o citado autor, o caráter principiológico específico do CDC é apenas um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados.

De acordo com o magistério de Nelson Nery Junior:¹⁴⁴

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. [...] Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. E isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo, deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor. Assim, sobrevivendo lei que regule, v.g., transporte aéreo, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC.

[...] Destarte, o princípio de que a lei especial revoga a lei geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas lei geral das relações de consumo, mas, sim, lei principiológica das relações de consumo.

Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, principiológica, à qual todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas.

O microssistema do CDC, em rigor, servirá de norte não só apenas para situações particulares e individualizadas, mas para toda a sociedade de consumo, em razão de o Estado ter o dever constitucional de resguardar os direitos dos consumidores, intervindo na autonomia privada.

Fabíola Meira de Almeida Santos,¹⁴⁵ a respeito, assevera:

Certo é que se está diante de um sistema aberto, dinâmico, que acolhe a entrada de novos valores, admitindo, por exemplo, a integração do contrato pelo juiz, *ex officio*, de forma que a proteção do consumidor esteja assegurada. Desse modo, amolda-se a norma

¹⁴³ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p. 66.

¹⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 509.

¹⁴⁵ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 26.

aos interesses sociais surgidos com a evolução da sociedade, conquanto a ideia de sistema aberto é de evolução e integração, com a possibilidade de incidência de novos princípios. A presença de cláusulas gerais no CDC, por exemplo, atesta a existência de um sistema aberto, com mobilidade, ao contrário do sistema fechado, em que eventuais lacunas devem ser supridas dentro do próprio sistema.

Nessa linha, toda e qualquer relação de consumo, ainda que regida por lei posterior e especial, deverá observar os ditames previstos no microssistema do CDC, não podendo contrariá-los, sendo considerados nulos de pleno direito.

Marcelo Gomes Sodré,¹⁴⁶ ao falar da supremacia das leis que criam um verdadeiro sistema de proteção dos consumidores, posto que são normas principiológicas, concluiu que elas dão origem a pautas de ação e a instrumentos de interpretação do direito como um todo, o que traz um compromisso para o próprio aplicador do direito. Logo, as leis de defesa do consumidor, na exata medida em que fixarem princípios a serem perseguidos – e neste caso se tornarem leis principiológicas –, terão superioridade em relação às demais leis especiais.

Os princípios trazidos pelo CDC, de fundamental importância na formação das relações de consumo, são os seguintes: (i) vulnerabilidade do consumidor; (ii) iniciativa estatal na tutela das relações de consumo; (iii) harmonização das relações de consumo, (iv) incentivo à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços; (v) coibição e repressão de abusos, inclusive da concorrência desleal, (vi) racionalização e melhoria dos serviços públicos; (vii) informação; (viii) veracidade; (ix) lealdade; (x) transparência; (xi) identificação; (xii) vinculação; (xiii) não abusividade; (xiv) correção da mensagem publicitária; (xv) confiança; e (xvi) boa-fé objetiva.¹⁴⁷

Considerando que o CDC é uma norma principiológica e de interesse social, o que se espera, em prol dos consumidores, que sejam aplicados esses princípios, por parte dos fornecedores, quando da venda de um produto ou contratação de um serviço. O que percebemos, muita vezes, é o contrário, o Estado-Juiz tem que intervir na autonomia da vontade para reequilibrar o contrato, quando na verdade dos consumidores são mitigados alguns princípios, como o direito de informação.

¹⁴⁶ SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor*. Um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

¹⁴⁷ GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 d Código de Defesa do Consumidor*, p. 58.

Cumpra ressaltar que os princípios deverão ser considerados como um sistema único e com regramento básico da matéria, sem olvidar a característica de microssistema aberto, que autoriza a integração naquilo que não o contrarie.

Além dos princípios, o CDC conta com cláusulas gerais, que são princípios positivados e se relaciona ainda com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos e fontes criadoras de direitos e obrigações, aplicadas de ofício, em razão do caráter de norma de ordem pública.

O diploma consumerista, consoante o conteúdo do seu artigo 6º, contempla como direitos básicos do consumidor: (i) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (ii) a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; (iii) a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (iv) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (v) a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; (vi) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (vii) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; (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; e (ix) a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Na avaliação de Frederico da Costa Carvalho Neto:¹⁴⁸

Os direitos básicos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor são pré-requisitos da relação de consumo. São regras bilaterais,

¹⁴⁸ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Direitos básicos: comentários ao artigo 6º do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coords.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 62.

pois, de um lado, geram direitos para os consumidores e, de outro, geram, em contrapartida, deveres para os fornecedores. E toda obrigação traz para o obrigado o ônus da prova do adimplemento. Assim devem ser observados os direitos do artigo sexto, direitos intocáveis, regras absolutas que não comportam relativização.

Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi¹⁴⁹ afirma que a defesa de interesses básicos do consumidor implica não somente reconhecê-los na órbita jurídico-normativa, como fez a Constituição Federal, mas também no entendimento da gênese destes conflitos, “pois é a partir dela que pode haver uma nova concepção deles, de como eles surgem no meio social”.

Cumpra ainda ressaltar que, conforme disposição do *caput* do artigo 7º, da Lei nº 8.078/1990, os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Essa determinação forma, como conceituado pela doutrinadora Cláudia Lima Marques¹⁵⁰, o “diálogo das fontes”.

Feitas essas importantes considerações acerca dos princípios constitucionais, bem como de sua relevância na construção do microssistema do CDC, no próximo capítulo, passa-se ao estudo dos pressupostos, requisitos e formação dos contratos de consumo, para tanto se faz necessária compreender a distinção entre os pressupostos e requisitos dos contratos, como se verá a seguir.

¹⁴⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva*. Incitação à violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 55.

¹⁵⁰ O art. 7º do CDC é uma interface permeável do CDC com o sistema geral do direito civil. É uma cláusula de abertura deste microssistema, que não deseja ser exaustivo. O mandamento constitucional de proteção do consumidor (art.5º, XXXII, da CF/1988) deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo das fontes, e não somente através do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pelo art. 48 do ADCT. O chamado ‘direito do consumidor’ tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as leis ordinárias, os tratados, os princípios gerais do direito e os costumes. Em resumo, sempre que outra lei assegure algum ‘direito’ (não um dever!) para o consumidor, esta lei pode se somar ao CDC, ser incorporada na tutela especial, ser recebida pelo microssistema do CDC e ter a mesma preferência no trato das relações de consumo que o CDC protege. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.185.

CAPÍTULO 3 - PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO

3.1 DISTINÇÃO ENTRE PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO CONTRATO

De plano, é importante deixar claro que o contrato requer, para ter validade, a conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos que se distinguem em pressuposto e requisito.

O pressuposto é a condição sob a qual se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato e agrupa-se em três categorias, conforme digam respeito: 1º) aos sujeitos; 2º) ao objeto; 3º) à situação dos sujeitos em relação ao objeto.¹⁵¹

O requisito,¹⁵² por sua vez, é toda causa do efeito jurídico, tecnicamente, elemento intrínseco do ato. Ou seja, é todo elemento cuja presença é necessária para que um ato tenha existência, mas pode ser também a qualidade que, para sua relevância, deve ter sido elemento.

3.2 ELEMENTOS EXTRÍNSECOS

Os elementos extrínsecos, também denominados de pressupostos, pressupõem: a) a capacidade das partes; b) a idoneidade do objeto e, c) a legitimação para realizá-lo.

3.2.1 Capacidade das partes

A capacidade das partes, segundo Orlando Gomes,¹⁵³ é todo negócio jurídico que pressupõe o agente capaz, isto é, pessoa apta a realizá-lo. As regras da capacidade aplicam-se indistintamente aos negócios jurídicos unilaterais e bilaterais.

Não se deve confundir incapacidade jurídica com a incapacidade natural. Pressuposto do contrato, segundo o doutrinador, é a capacidade legal de agir. A incapacidade natural afeta, sem dúvida, a validade do negócio jurídico, mas não porque falte um de seus pressupostos.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 52

¹⁵² FERRARA, Waldemar Martins. *El negocio jurídico*, 1ª ed., Madrid: Aguilar, 1956

¹⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 53

Nesse caso há que admitir a nulidade do contrato, já que existe a mesma *ratio juris* determinante da incapacidade dos interditos. Não pode valer contrato que se estipule com pessoa que não está no uso da razão, mas, como o contrato é negócio jurídico bilateral, a invalidade só se justifica se o outro contratante sabia que contratava com doente mental, por exemplo.

3.2.2 Idoneidade do objeto

O contrato é um acordo destinado a regular interesses, portanto, desde que tenha objeto lícito, possível, bem como determinado ou determinável.¹⁵⁴ É imprescindível, ainda, que a adequação do objeto ao fim visado pelos contratantes.

A idoneidade do objeto pode ser excluída por motivos técnicos ou razões de política legislativa e se apresenta em termos absolutos ou relativos, é o que se extrai do magistério de Orlando Gomes.¹⁵⁵

Por motivos técnicos ocorre quando as partes utilizam o contrato que não comporta o objeto, como, por exemplo, o comodato de coisas consumíveis ou o penhor de imóveis.

Outro motivo para exclusão se dá por razões de política legislativa, que levam o legislador a proibir que certos interesses sejam objeto de relação contratual, não permite, por exemplo, que a herança da pessoa viva constitua objeto do contrato, em razão da impossibilidade jurídica.

Uma vez que a idoneidade do objeto é pressuposto de validade, a consequência de sua falta será a nulidade do contrato.

3.2.3 Legitimação

Antes de definirmos o conceito de legitimação, cumpre-nos distinguir capacidade de legitimação. A distinção veio do Direito Processual e para exercer o direito de ação, não basta ao titular ser capaz, requer-se, ainda, que a parte seja legítima, isto é, idônea, para figurar e movimentar a relação processual, por ter um interesse as ser protegido¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Art. 104 do CC. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁵⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p.54

¹⁵⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 54

Em outras palavras, pode alguém ser capaz, mas não ter legitimidade *ad causam*?

A legitimação, por sua vez, pode ser *direta ou indireta*.¹⁵⁷ Sendo *direta*, também denominada de ordinária, cristaliza-se na competência de toda pessoa capaz para regular seus próprios interesses, dispondo de seus direitos e contraindo obrigações, distinguindo-se em atos (i) *aquisitivos*, pois exige-se apenas a intervenção, direta ou indireta, daquele a quem aproveitam, (ii) *dispositivos*, pois decorrem do poder geral que a ordem geral outorga às pessoas capazes, pelo qual ao titular de qualquer direito, que não seja inalienável, é facultado dele dispor, livremente, por atos entre vivos, ou mortis causa, (iii) *vinculativo*, pois contrariando as obrigações que lhe aprouver, mas somente a ela própria tem poder para obrigarse e (iv) *liberatórios*, pois como os de extinção das obrigações, não corresponde apenas ao devedor, ou seja, qualquer interessado no ato liberatório é parte legítima para praticá-lo.

A legitimação *indireta*, por sua vez, existe quando o ato é praticado por alguém investido nos poderes necessários à sua realização, ou seja, os interesses de uma pessoa são dispostos por outra que adquire legitimidade para agir, porque lhe é delegada pela lei ou pelo próprio interessado.

Assim sendo, o contratante, por sua vez, pode ser perfeitamente capaz para a prática de qualquer vínculo obrigacional, bem como ter o direito de acesso à justiça e ao mesmo tempo ser considerada parte ilegítima para estar em juízo, por exemplo, por não ter qualquer vínculo obrigacional com a parte adversa.

3.3 ELEMENTOS INTRÍNSECOS

Os elementos intrínsecos, também denominados de requisitos, são indispensáveis à validade de qualquer contrato e pressupõem: a) o consentimento; a causa; o objeto e a forma.

¹⁵⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 55

3.3.1 Consentimento

A palavra consentimento emprega-se em duas acepções, como acordo de vontades, para exprimir a formação bilateral do negócio jurídico contratual, ou como sinônimo da declaração de vontade de cada parte no contrato.

Importante elemento constitutivo do contrato, o consentimento apresenta-se como requisito típico, conquanto exigido, igualmente, na formação dos outros negócios jurídicos bilaterais.

No magistério de Orlando Gomes,¹⁵⁸ a acepção lata da palavra, o consentimento significa a integração das vontades distintas, já na acepção restrita, a vontade de cada parte, que, por sua vez, integradas as vontades, dá-se o acordo, que consiste, pois, na fusão de duas declarações, distintas e coincidentes.

Nesse contexto, concordamos com o doutrinador, na medida em que as declarações devem ser independentes, uma vez que cada um se sujeita às regras que regulam as manifestações individuais de vontade.

Além disso, a comunicação é condição necessária à formação do consentimento, pertencendo a proposta e a aceitação à categoria das declarações receptícias de vontade que podem ser: a) verbal, escrita ou simbólica; b) direta e indireta; e c) expressa, tácita ou presumida.

Aliás, a comunicação quando é realizada de forma clara e precisa a publicidade passa a ter os efeitos jurídicos de uma oferta que irá atender aos interesses do consumidor. Nessa situação é natural que o consenso prevaleça e a tendência é que se ratifique a autonomia da vontade nas relações contratuais.

O ideal seria se fosse dessa forma, mas não é o que identificamos nas relações de consumo, como ocorre nos contratos eletrônicos, por exemplo, onde o fornecedor sequer faz cumprir sua obrigação de comunicar ao consumidor sobre certo produto ou serviço, mitigando, desta forma, o direito de informação.

3.3.2 Forma

Um dos requisitos intrínsecos e essenciais à validade dos negócios jurídicos é a forma pela qual devem ser realizados.

¹⁵⁸ GOMES, p. 56

Nas palavras de Orlando Gomes,¹⁵⁹ para os contratos, vigora o princípio da forma livre, ou seja, os contratos formais ou solenes constituem exceção, mas, como é óbvio, os que devem ser estipulados por forma prescrita na lei não valem se não for observada.

Segundo o que se depreende dos ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa,¹⁶⁰ a forma determinada na lei, contudo, ainda existe para aqueles atos ou negócios nos quais a lei, ou a vontade das partes, queira imprimir maior respeito e garantia de validade.

Portanto, a forma é a manifestação externa, perante a sociedade, que atesta existir um negócio jurídico subjacente, ao mesmo tempo em que serve para exteriorizar a vontade, a forma serve de prova para o negócio jurídico.

3.3.3 Causa e objeto

A causa é aquele motivo que tem relevância jurídica. Conforme explica Silvio de Salvo Venosa,¹⁶¹ confunde-se com o objeto do negócio. Não podemos elevar qualquer motivo como elemento essencial do negócio jurídico, e, conseqüentemente, do contrato.

Segundo a explicação de Orlando Gomes,¹⁶² a primeira dificuldade a vencer é a confusão entre causa da obrigação e causa do contrato.

Para o doutrinador, segundo a corrente objetivista, concorreu para tornar mais inteligível a distinção, ao esclarecer a noção de causa do contrato. Por três modos diversos, é conceituada: *primeiro*, porque a causa é a função econômico-social do contrato, *segundo*, porque o resultado jurídico objetivo que os contratantes visam a obter quando o estipulam e, *terceiro*, porque a razão determinante da ação que move as partes a celebrar determinado contrato.

Identifica-se a causa, como a unidade teleológica das prestações, isto é, como o reflexo dos interesses que as partes querem satisfazer ou como síntese dos efeitos essenciais do contrato e determinação do seu conteúdo.

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 62

¹⁶⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 482.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 63

A causa se confunde com o objeto, nesse contexto, Orlando Gomes¹⁶³ pontifica:

A causa se confundiria com o objeto do contrato se a noção de objeto se confundisse com a de conteúdo.[.....]. Se objeto do contrato fosse tudo isso e abrangesse até a causa final, nele entraria toda modificação da situação jurídico-social que deriva do contrato, e, assim, tudo estaria compreendido no elemento objetivo.

O objeto do contrato, segundo o doutrinador, não é prestação nem objeto desta. Neste ponto, concordamos com o doutrinador, na medida em que a prestação é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito.

Objeto do contrato é, portanto, o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, nas prestações das partes. Não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa. Além disso, como todo e em qualquer negócio jurídico, o objeto deve ser possível, lícito e determinável, conforme determina o artigo 104, II, do Código Civil.

3.4 FORMAÇÃO DE UM CONTRATO

O estudo da formação dos contratos tem grande importância no desenvolvimento deste trabalho, na medida em que o contrato é um negócio jurídico, ou seja, um vínculo obrigacional, tendo como substrato elementar a vontade humana e que irá influenciar diretamente imposição, pelo fornecedor, das Condições Gerais do Contrato, no momento da contratação, quando o consumidor adere ao contrato.

Da análise do instituto, dois momentos distintos podem ser apreciados: um momento *subjetivo*, psicológico, interno, representado pela própria formação do querer, e um momento *objetivo*, em que a vontade se reflete por meio da declaração.

Segundo os ensinamentos de Silvio Rodrigues,¹⁶⁴ enquanto não se externa, mantendo-se oculta no espírito do homem, a vontade conserva-se ignorada de todos, não adquirindo, por conseguinte, relevância na vida dos negócios.

¹⁶³ GOMES, Orlando. *Contratos.*, p. 65.

¹⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. São Paulo, 2004. v.3, p.65

Somente quando se manifesta de maneira séria, obrigante e definitiva é que vai repercutir no campo do direito, criando relações jurídicas, de maneira que é a declaração da vontade que constitui o principal objeto de estudo na formação dos contratos. Muitas vezes, existe uma disparidade entre o pretendido e o que de fato foi declarado pelos contratantes, de modo que o contrato, não corresponde ao efetivo querer de ambas ou de uma das partes.

Em outras palavras, a vontade contratual, que se subsume em um consentimento é a vontade negocial, isto é, dirigida para a obtenção de efeitos jurídicos, tutelados e vinculantes.

Maria Helena Diniz,¹⁶⁵ em seu magistério, pontifica:

Sendo o consentimento recíproco o ponto nuclear de todo o negócio jurídico contratual, de relevante interesse é caracterizar o instante em que ele se verifica, porque daí decorre a existência do próprio contrato. É preciso, portanto, fixar o momento em que se dá o acordo de vontades.

Portanto, o consentimento contratual é o cerne do negócio jurídico, segundo depreende de seu magistério Silvio de Salvo Venosa.¹⁶⁶

A partir do consentimento são examinados os outros elementos do negócio jurídico contratual, que já estudamos, quais sejam: o *objeto*, comum a todos os contratos, como aqueles exigidos em determinadas relações, a *forma* prescrita em lei e a *entrega da coisa* integrante da natureza do contrato.

Nesse sentido, pondera Caio Mario:¹⁶⁷

Sendo o contrato um negócio jurídico bilateral, requer o acordo de vontade das partes, ou o consentimento, que não é apenas requisito de validade, mas assume condições de pressuposto existencial do próprio negócio.

Da análise da formação do contrato o que se depreende é que sofre controvérsia entre os contratantes, devendo ser resolvida com a fixação do momento em que se dá a conjugação ou o acordo das vontades, ou seja, no instante em que estas manifestações, segundo a forma livre ou determinada, conforme o caso justaponha-se, coincida, ou se encontre, neste caso nasce o contrato.

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , pp. 58

¹⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 557

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p.36.

O nascimento do contrato frise-se, portanto, ocorrerá desde que as partes façam coincidir as suas vontades em mesmo ponto e para a obtenção de certos efeitos.

O contrato pode aparecer subitamente, bastando uma proposta de negócio, seguida de uma imediata aceitação, para que se tenha a sua formação.

Ele não nasce totalmente pronto. É o resultado de uma série de momentos ou fases que às vezes se interpenetram, mas que em detida análise se destacam em negociações preliminares, proposta e aceitação, como se verá a seguir.

3.4.1 Negociações preliminares

Na maioria dos casos, conforme leciona Maria Helena Diniz,¹⁶⁸ o contrato na sua conclusão é precedida de negociações preliminares ou tratativas, isto é, de conversações, entendimentos e reflexões sobre a oferta até se encontrar uma solução satisfatória.

Nesse ponto, os contraentes tão somente trocam impressões, formulam hipóteses, indagam sobre a mútua situação econômico-financeira, mas nada realizam. O ajuste entre as partes contratantes só se opera, portanto, após um período pré-contratual, em que os interessados chegam a um acordo final.

No magistério de Caio Mario,¹⁶⁹ as negociações preliminares são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro, mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Ou seja, enquanto se mantiverem as conversações preliminares não se obrigam as partes.

Nesse contexto, Silvio de Salvo Venosa,¹⁷⁰ pondera:

As negociações preliminares não obrigam, enquanto não firmado o contrato. As concordâncias paulatinas obtidas ainda constituem tratativas, não são contratos. (...). Denomina-se geralmente minuta o esboço do futuro contrato. O termo significa algo que é menor, leve. A minuta, em regra, não obriga, mas serve de subsídio para a interpretação do contrato futuro.

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , pp. 60

¹⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p.37.

¹⁷⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 561

Ultrapassadas, portanto, as negociações preliminares, que são importantes para formar as bases do futuro contrato, as partes podem passar a minutar o contrato, reduzindo, por escrito, alguns pontos constitutivos do conteúdo do contrato a que chegaram.

É importante ressaltar que nesta fase de negociações preliminares, embora ainda faltem obrigatoriedades aos contratantes, excepcionalmente, poderá ser aplicada a responsabilidade civil não no âmbito da culpa contratual, mas somente no âmbito da responsabilidade aquiliana, nas palavras de Caio Mário.¹⁷¹

Ou seja, apenas na hipótese de um dos participantes criar no outro a expectativa de que o negócio será celebrado, onerando-o e, ao final, deixando-o de contratar com outro ou desistindo, de forma injustificada, causando-lhe prejuízos.

Para alguns doutrinadores, como Maria Helena Diniz¹⁷² e Caio Mário¹⁷³, há uma responsabilidade pré-contratual, que dá certa relevância jurídica aos acordos preparatórios, fundada não só no princípio de que os interessados na celebração de um contrato deverão comportar-se de boa-fé, prestando informações claras e adequadas sobre as condições do negócio.

Nessa mesma toada, Orlando Gomes¹⁷⁴ leciona:

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

Portanto, aquele que mesmo na fase ainda de negociações preliminares, deixando de contratar, agindo com culpa implica no reconhecimento da responsabilidade civil.

¹⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p.37.

¹⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , pp. 62

¹⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade, p.38.

¹⁷⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 72

3.4.2 Proposta

Dentro do estudo das fases da formação dos contratos a proposta ou oferta, também denominada policitação, é a primeira fase efetiva do contrato disciplinada na lei.

Segundo Silvio de Salvo Venosa,¹⁷⁵ na proposta existe uma declaração de vontade pela qual uma pessoa (o proponente¹⁷⁶) propõe a outra (o oblato¹⁷⁷) os termos para a conclusão de um contrato.

Para o doutrinador, a proposta deve ser clara e objetiva, descrevendo os pontos principais do contrato. Nesse aspecto ela se apresenta de forma diversa das negociais preliminares, sendo que a proposta vincula a vontade do proponente, que somente ficará liberada com a negativa do oblato ou do decurso do prazo estipulado na oferta.

A proposta é o elemento inicial da formação do contrato, segundo o magistério de Maria Helena Diniz,¹⁷⁸ visto que pressupõe pelo único fato de aceitação, por ser o ato pelo qual uma das partes solicita a manifestação de vontade da outra, produzindo, portanto, efeitos jurídicos próprios, pois enquanto não revogada, até o instante permitido por lei é obrigatória.

Ao contrário das negociações preliminares que já estudamos, onde são meras proposições levadas por uma das partes ao conhecimento da outra para estudo e reflexão, sem a intenção de obrigá-la a contratar naquele momento, ou seja, são apenas meras sondagens que visam apenas preparar as bases para o contrato futuro, sem ter a parte contratante obrigatoriedade sem força vinculante, a proposta e a aceitação, que será objeto de estudo a seguir, constituem declarações volitivas idôneas a formar o negócio jurídico contratual.

Nesse contexto, entendemos que a proposta é uma declaração receptícia de vontade dirigida por uma pessoa a outra com quem se pretende celebrar um contrato.

¹⁷⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 562

¹⁷⁶ Quando a proposta emanada do proponente também chamado *policitante*

¹⁷⁷ É aceita pela pessoa a quem foi dirigida, isto é, o *oblato*

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , p. 68

Além disso, para ser uma declaração receptícia, a proposta se apresenta em cinco caracteres. É o que se depreende dos ensinamentos de Maria Helena Diniz:¹⁷⁹

- a) é uma declaração unilateral de vontade, por parte do proponente, que convida o aceitante a contratar, apresentando os termos em que pretende fazê-lo.
- b) reveste-se de força vinculante em relação ao que a formula, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso (CC., art. 427). A proposta não produz consequências jurídicas para a outra parte, mas tão somente para o policitante, pois ainda não se tem o contrato.
- c) é um negócio jurídico receptício, pois não é apenas uma informação, mas possui a força de um querer dependente da declaração do aceitante ou oblato.
- d) deve conter todos os elementos essenciais do negócio jurídico proposto, por exemplo, na compra e venda, o emitente da oferta deverá mencionar preço, qualidade, quantidade, tempo de entrega, forma de pagamento e documentação necessária ditados pela espécie de contrato visado, a fim de possibilitar a aceitação consciente e expressa, sem induzir a erros.
- e) é elemento inicial do contrato, devendo ser, por isso, séria, completa, precisa ou clara, e inequívoca.

Com base na interpretação desses importantes caracteres, podemos entender que a proposta vincula a outra parte contratante, uma vez que se torna um negócio jurídico receptício, já que deve conter os elementos essenciais do vínculo obrigacional, dando total condição de reflexão e aceitação da outra parte.

3.4.2.1 Obrigatoriedade da proposta

A obrigatoriedade da proposta consiste no ônus, imposto ao proponente, de não revogá-la por um certo tempo, a partir de sua existência, conforme autoriza o artigo 427 do Código Civil:

A proposta de contrato obriga o proponente, se contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Da análise do dispositivo legal podemos extrair que quem formula uma proposta de negócio provoca uma legítima expectativa junto à pessoa a quem endereçou.

¹⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva, p. 69.

Nesse contexto, Silvio Rodrigues ¹⁸⁰ pontifica:

De maneira que a possibilidade de retirar arbitrariamente a oferta representaria uma fonte de insegurança, capaz de causar prejuízo ao outro contratante, que, de boa-fé, acreditou na seriedade da proposição a ele apresentada.

Contudo, a obrigatoriedade da proposta, ou seja, a força vinculante não é absoluta, visto que os artigos 427 e 428 do Código Civil reconhecem que em alguns casos a proposta deixa de ser obrigatória.

Nesse sentido, compartilha Maria Helena Diniz ¹⁸¹ de seus ensinamentos:

- a) se assim resultar de seus próprios termos (CC, art. 427), ou seja, se contiver cláusula expressa que lhe retire a força vinculativa.
- b) se a falta de obrigatoriedade fluir da natureza do negócio (CC, art. 427), visto que há atos negociais em que, em razão de sua natureza, a oferta é aberta, tendo o ofertante permissão para mantê-la ou não, de forma que ela não é obrigatória, não criando, por isso, outros efeitos senão a potencialidade do contrato, que só se formará se até a sua aceitação a policitação ainda estiver vigendo.
- c) se circunstâncias peculiares (CC, art. 427, in fine) a cada caso exonerarem o proponente, desobrigando-o. Tais circunstâncias estão previstas no artigo 428 do Civil. Assim sendo:
 - a) deixa de ser obrigatória a proposta, se feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Desse modo, se o oblato não responder logo, liberar-se-á o policitante, caducando a oferta.
 - b) falta obrigatoriedade à oferta feita sem prazo a pessoa ausente, desde que haja decorrido tempo suficiente para que a resposta chegue ao conhecimento do policitante, por meio de cartas, e-mail, telegramas, fac-simile, etc.
 - c) estabelecendo-se prazo para a espera da resposta, perde a força vinculante a policitação feita a pessoa ausente, se a resposta não for expedida dentro do prazo dado.
 - d) não obriga a oferta se o proponente, depois de tê-la feito, se arrepender, desde que sua retratação chegue ao conhecimento do oblato antes da proposta ou ao mesmo tempo que ela, pois neste caso não se terá qualquer oferta, já que ela nem mesmo chegou a existir juridicamente, uma vez que foi retirada a tempo.

Portanto, fora essas hipóteses mencionadas, afirmamos que a proposta tem validade e é obrigatória, vinculando as partes ao futuro contrato.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. São Paulo, 2004. v.3, p.71

¹⁸¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , pp. 73-74.

3.4.3 Aceitação

Superado o estudo do instituto da proposta, como uma fase importante para a formação do contrato, tratar-se-á na sequência da outra fase que é a aceitação, que também é de extrema importância para a formação do vínculo obrigacional.

Elcir Castello Branco¹⁸² pontifica que havendo deliberação de contratar a proposta dirigir-se-á a uma pessoa identificada ou a qualquer um do público que se apresente como aceitante, tendo condições de efetivar o ato negocial ofertado. A aceitação da proposta por parte do solicitado, segundo o doutrinador, é o fecho do ciclo consensual, constituindo-se na segunda fase para a formação do vínculo contratual.

De forma clara e precisa, Silvio de Salvo Venosa¹⁸³ ensina:

A aceitação é o ato de aderência à proposta feita. Somente é aceita proposta existente e válida, o que deve ser examinado em cada caso concreto. A aceitação sob condição ou com novos elementos equivale a uma nova proposta, uma contraproposta.

Orlando Gomes,¹⁸⁴ em seu magistério, define a aceitação como a aquiescência a uma proposta, ou seja, o aceitante integra sua vontade na do proponente, emitindo declaração expressa, realizando atos que exteriorizam, ou, até, silenciando, quando deveria falar.

Concordamos com a definição do doutrinador quanto à aceitação, contudo na prática sabemos que o aceitante não tem a oportunidade de expressar por completo sua declaração, haja vista que a velocidade com que as informações se processam por um simples click na tela, quando por fração de segundos o contrato já está formado, como ocorre nos realizados via online, deixando o consumidor de ter acesso às informações do futuro contrato de adesão, aumentando ainda mais o risco e a crise da autonomia da vontade.

A aceitação pode ser expressa ou tácita, sendo que a primeira decorre de declaração do aceitante, manifestando sua anuência, ao passo que a segunda, de

¹⁸² CASTELLO BRANCO, Elcir. Aceitação de proposta de contrato. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, Saraiva, 1977. Vol. 4, pp. 38 e 39.

¹⁸³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 566

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 76

sua conduta, reveladora do consentimento, conforme extrai de seu magistério, Carlos Roberto Gonçalves.¹⁸⁵

O artigo 432 do Código Civil dispõe: “*se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa*”.

O dispositivo legal menciona duas hipóteses de aceitação tácita, em que se reputa concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa: a) quando o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa e b) ou quando o proponente a tiver dispensado.

Para Silvio Rodrigues¹⁸⁶, a aceitação consiste na formulação da vontade concordante do oblato, feita dentro do prazo e envolvendo adesão integral à proposta recebida.

Ainda, segundo os ensinamentos do doutrinador, caso a manifestação da vontade do aceitante não se submeta a tais requisitos necessários, não se tratará de aceitação, mais sim de nova proposta, que não gerará os efeitos daquela, pois o primeiro proponente ficará desvinculado da obrigação de contratar.

Nesse ponto, concordamos com o doutrinador, na medida em que o proponente deixa de se submeter aos requisitos pertinentes ao instituto da aceitação não ocorrerá a vinculação do oblato, ou seja, se a aceitação não corresponder a uma adesão integral, na verdade, estar-se-á ainda diante do instituto de proposta, uma vez que não houve a vinculação das partes.

Silvio de Salvo Venosa¹⁸⁷ leciona que, pelo sistema da cognição ou informação, o contrato somente se perfaz no momento em que o proponente toma conhecimento da proposta.

Para o doutrinador, pelo sistema da agnição ou declaração em geral, o contrato aperfeiçoa-se pela declaração do oblato. Para ele, a interpretação do sistema da agnição se dá através da existência de três correntes:

- a) a teoria da declaração propriamente dita, o contrato se completa no momento em que o oblato redige a aceitação. Nesse momento é que se exterioriza a vontade. No entanto, enquanto não expedida a

¹⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12^a, ed- São Paulo: Saraiva, 2015, p.81

¹⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, 30^a ed., 2004.p. 73

¹⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14^a ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 567

resposta, a aceitação não ingressa no mundo jurídico, porque dela não se toma conhecimento.

b) pela teoria da expedição, onde o momento da ultimação do contrato é aquele em que a aceitação é expedida pelo oblato. A partir daí, a aceitação ingressa no mundo jurídico, não tendo mais o aceitante como obstáculo, em tese, os efeitos de sua manifestação de vontade.

c) pela teoria da recepção, o aperfeiçoamento do negócio jurídico somente ocorre quando o proponente recebe o comunicado da aceitação, ainda que não leia.

O Código Civil adotou a teoria da expedição, conforme dispõe o dispositivo do artigo 434:

Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I - no caso do artigo antecedente;

II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III - se ela não chegar no prazo convencionado.

Embora o Código Civil tenha adotado a teoria da expedição, conforme dispõe o dispositivo do artigo 434, contudo, observamos que no caso de ocorrer a aceitação e em seguida o arrependimento, deverá o oblato fazer chegar à retratação antes ou simultaneamente com a aceitação, neste caso, o código está trabalhando com a teoria da recepção.

Observamos ainda que o Código faz uma referência expressa no artigo 434, CC, situação em que os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação seja expedida, porém, também nos mostra situações em que o momento de conclusão do contrato será na recepção.

Assim entendemos que, se é possível expedir a aceitação e retratá-la antes que chegue ao proponente, fica claro que o momento de conclusão final será na recepção e não na expedição, como está expresso no código.

Caio Mário,¹⁸⁸ lecionando a respeito do tema, pondera:

Na verdade, recusando efeito à expedição se tiver havido retratação oportuna, ou se a resposta não chegar ao conhecimento do proponente no prazo, desfigura a teoria da expedição, admitindo um pouco a da recepção e um pouco da informação, o que é um mal, já que a imprecisão doutrinária na fixação do conceito perturba a boa aplicação dos princípios.

Silvio de Salvo Venosa¹⁸⁹ discorrendo sobre o dispositivo legal, pondera:

No entanto, há temperamentos nessa adoção, porque o código permite, apesar de acatar a teoria da expedição, a retratação da proposta, atendendo a uma necessidade social. Lembre-se, acima de tudo, de que essas regras acerca do momento da conclusão do contrato são supletivas da vontade das partes, que podem dispor livremente.

A retratação, na realidade, é a uma declaração lícita do polícitante para obstar os efeitos da proposta, ou seja, ela somente se torna eficaz ao chegar ao conhecimento do oblato antes de expedida a aceitação.

Frise-se, o conhecimento prévio pelo oblato se faz necessário, como defendemos, porque a retratação, tal como a proposta, é declaração receptícia de vontade.

Segundo Orlando Gomes,¹⁹⁰ para que o vínculo obrigacional se concretize, através da aceitação, seu destinatário deve receber a comunicação antes de ter aceitado a proposta e expedido a resposta. Se chegar depois, é ineficaz e há a imposição de distinções:

- a) a retratação pode chegar depois de conhecida a proposta, mas antes de formado o contrato porque o aceitante não expedira ainda a resposta.
- b) a retratação pode chegar em momento no qual o contrato já e formara

Portanto, pela análise do estudo do instituto da aceitação na formação dos contratos de consumo, entendemos que a retratação tem grande influência na formação do vínculo obrigacional, até porque da redação do artigo 434 do Código Civil é permitida antes da resposta chegar ao proponente. Se ainda não foi concluído o vínculo obrigacional, como defendemos, fica claro que o momento de conclusão final será na recepção e não na expedição.

Feitas essas importantes considerações acerca dos pressupostos, requisitos e formação do contrato, partindo do estudo, compreensão e entendimento do vínculo obrigacional no ordenamento jurídico, a partir do direito civil, que se fez necessário

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade, p.48.

¹⁸⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 568

¹⁹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 79

como suporte neste estudo, passamos a analisar sua aplicação dentro das relações de consumo.

3.5 FORMAÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO

O estudo se faz necessário para tentarmos analisar o princípio da autonomia da vontade nos contratos de consumo, haja vista a necessidade de compreender seus efeitos, notadamente, ao alcance do consumidor quanto ao direito de informação.

O capítulo também se dedica a estudar os princípios da tutela contratual no CDC e, por derradeiro, o contrato de adesão e as cláusulas contratuais gerais.

O conceito de contrato, conforme já estudamos no capítulo 1, consigna uma espécie do gênero negócio jurídico, cuja formação, sinteticamente, dá-se pelo concurso de vontades em torno de um mesmo objeto.

De acordo com Clóvis Beviláqua,¹⁹¹ contrato é o acordo de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

Para Arnaldo Rizzardo¹⁹²:

Há mais de uma forma que expressa o sentido de contrato. Os romanos empregavam o termo 'convenção' (*pacto conventio*), com o significado amplo de contrato, considerando-a o gênero, eis que abarcava toda a espécie de acordos de vontades, quer resultassem ou não obrigações; e o termo 'contrato' (*contractus*), que aparecia como espécie e era a relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações cíveis.

Desde o direito romano, o contrato sempre foi uma fonte de obrigação. Porém, naquele ordenamento havia a característica da força obrigatória, presente posteriormente no direito moderno. Para os romanos, o contrato era uma espécie de convenção, cuja obrigação poderia ser exigível caso estivesse presente uma *causa civilis*, que consistia no cumprimento de certas formalidades. Assim, caso o acordo de vontades não estivesse vinculado a uma causa civil, seria considerado um pacto inexigível¹⁹³.

¹⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. v. 4. Anotação ao art. 1.079.

¹⁹² RIZZARDO Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4.

¹⁹³ GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor*, p. 61.

Mais adiante, os contratos perderam o formalismo romanista e, por influência dos canonistas, passou-se a considerar a declaração de vontade como elemento fundamental para a formação do contrato. Esta prevalência do consensualismo sobre o formalismo é a que vigora no direito contemporâneo.¹⁹⁴

Por ser um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, é necessário, para a sua validade, a existência de requisitos subjetivos, objetivos e formais que, no ordenamento jurídico pátrio atual estão previstos no artigo 104 do Código Civil, a saber: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo¹⁹⁵, de forma clara, define os requisitos apontados:

(i) capacidade da parte: sobressai, em primeiro lugar, a capacidade dos contratantes. Qualquer pessoa pode contratar se for capaz; (ii) objeto lícito: Para ser lícita a operação é necessário que seja conforme a moral, a ordem pública e os bons costumes e, (iii) forma prescrita ou não defesa em lei: exige-se, ainda, para a validade do contrato, a obediência à forma prevista em lei.

Os contratos entre particulares, excluído o do trabalho, submetem-se a dois regimes distintos: cível e de tutela dos consumidores. De modo genérico, quando a relação contratual aproxima consumidor (destinatário final de produto ou serviço) de fornecedor (empresário que vende no mercado produtos ou presta serviço), aplica-se o regime consumerista. Nos demais casos, ausente consumidor ou fornecedor na relação contratual, aplica-se o regime cível.¹⁹⁶

Quanto à formação, os contratos são sempre atos bilaterais. Pressupõe a convergência de vontade de pelo menos duas pessoas. Em relação às obrigações contraídas pelas partes, dividem-se em bilaterais e unilaterais. No primeiro grupo, estão os contratos, em que ambos os contraentes se obrigam (ex: compra e venda); no segundo, apenas um deles tem obrigações perante o outro (ex: mútuo).¹⁹⁷

¹⁹⁴ A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, se não quando a lei expressamente a exigir. “A regra dos negócios jurídicos é a forma livre, sendo exceção a forma determinada: “A forma determinada pode revestir esse caráter por força da lei ou da vontade prévia da parte ou partes”. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 331-332

¹⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, p. 9-11.

¹⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. (contratos; recuperação de empresas), p.19.

¹⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. (contratos; recuperação de empresas), p.23

Os contratos que se formam exclusivamente pela manifestação de vontade das partes são consensuais (ex: compra e venda). Por outro lado, aqueles contratos que dependem, além disso, da entrega de coisa de uma parte para a outra são os contratos reais (ex: mútuo). Os contratos que só se constituem após a instrumentalização de acordo com a lei são os solenes.¹⁹⁸

Contratos comutativos se opõem aos aleatórios: naqueles, os contratantes podem antecipar como será a execução do contrato (ex: compra e venda), enquanto nestes, em razão da álea característica do objeto contratado, tal antecipação é impossível.¹⁹⁹

Os contratos típicos são os disciplinados na lei, enquanto os atípicos, não o são. Não basta à tipicidade do contrato mera referência em dispositivo legal, como no caso da franquias ou do fomento mercantil, que são contratos atípicos. É necessário que a ordem positiva regule os direitos e as obrigações dos contratantes (de forma cogente ou supletiva), para se revestir o contrato de tipicidade.²⁰⁰

Apresentadas estas considerações, importantes para bem apreender a noção geral de contrato e suas classificações, convém ainda destacar que a definição corrente se fundamenta, basicamente, na sistematização alcançada pela concepção tradicional de contrato. Em outras palavras, uma espécie de negócio jurídico, com eficácia obrigacional, em que são pressupostos de existência a bilateralidade e o consenso de vontades.

O conceito de contrato sofreu alterações ao longo do tempo, decorrência da crescente complexidade da vida social, influenciando a modificação da noção de contrato, principalmente no que se refere à substituição da concepção tradicional por uma mais social, centrada na igualdade e no equilíbrio entre as partes.

Nesse sentido, Orlando Gomes²⁰¹ enumera os principais fatores que desencadearam as transformações ocorridas na teoria geral do contrato. O primeiro deles alude à insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as partes, atribuído ao princípio da igualdade formal. O segundo considera a modificação havida na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica. O terceiro fator deveu-se à intromissão do Estado na vida econômica. O citado autor

¹⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* – direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. (contratos; recuperação de empresas), p.24.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 25.

²⁰⁰ Ibidem, p.26.

²⁰¹ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 8-9.

ainda considera que o desequilíbrio provocado pela intromissão do Estado no conteúdo do contrato, limitação legal da liberdade de contratar, o que repercute, na forma de contratar, especialmente nos contratos de massa, determinou a técnica de tratamento desigual, cuja aplicação tem no direito do trabalho o exemplo mais eloquente.

Além disso, entre as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, salientam-se as que foram impostas pela massificação de certos contratos determinante da uniformização de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a despersonalização dos contraentes.²⁰²

A política intervencionista do Estado atingiu o contrato na sua cidadela, ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão de liberdade de celebrar contrato, liberdade de escolher o outro contratante e liberdade de determinar o conteúdo do contrato.²⁰³

Assim, em razão da evolução da sociedade, o contrato também sofreu mudanças, visando estabelecer situações mais equitativas diante da nova realidade social, notadamente, quanto ao direito de informação aos consumidores.

Isso fica evidente nos contratos eletrônicos, onde o direito de informação é retirado dos consumidores. Com a velocidade com que as informações são processadas com um simples click na tela já é suficiente para a formação do denominado click agreement, assumindo, desta forma, o consumidor alguns ônus e riscos de uma compra de um produto ou contratação de um serviço, por ora, indesejados.

Nesse sentido, defendemos que o acesso às informações é a segurança mínima que o consumidor precisa ter para refletir e contratar, por mais que tenha a percepção ou sofisticação para entender sobre as características daquele produto ou serviço no momento da contratação.

No Brasil, a “codificação” das normas de consumo determinada pela atual Constituição Federal, a Lei nº 8.078/90 foi umas das legislações pioneiras, quiçá a primeira a dar ao contrato o enfoque contemporâneo da nova teoria contratual.

Nessa esteira, qualquer análise relativa às relações jurídicas negociais inseridas nesse sistema de consumo passou a considerar, além dos princípios tradicionais do direito privado, toda a principiologia trazida pela nova lei.

²⁰² GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 9.

²⁰³ Idem.

Também é importante lembrar que com o advento da Lei nº 10.406/2002, relativa ao atual Código Civil brasileiro, houve um avanço quanto à moderna concepção contratual e à principiologia por ela inserida no ordenamento jurídico.

Aliás, o Código Civil trouxe grande influência normativa que permitiu fazer um elo necessário com a lei consumerista na formação do contrato e além servir como suporte naquilo que o microssistema não prevê, o que denomina-se diálogo entre as fontes.

Com todo esse movimento, percebeu-se certa evolução, mormente em termos de legislação que trata de contratos, porém, ainda há disparidade quando se avaliam os proclamas da sociedade de consumo.

Apresentadas algumas noções gerais e importantes acerca dos contratos, passa-se, então, a estudar os contratos no bojo do diploma legal consumerista.

É certo que o CDC trouxe profundas e significativas modificações à ordem jurídica nacional, estabelecendo um conjunto de normas, de naturezas diversas, mas ligadas entre si por terem como suporte uma relação jurídica básica, caracterizada como uma relação de consumo.

A nova legislação repercutiu profundamente nas diversas áreas do direito, inovando em aspectos de direito penal, administrativo, comercial, processual civil e civil, em especial. É que, com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo de massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da legislação pátria privada já não bastavam para reger as relações humanas sobre determinados aspectos, gerando necessidade de inovações.

Os contratos, que antes eram formados por dois parceiros, em pé de igualdade, quando considerada a possibilidade de discussão das cláusulas, do conteúdo e das respectivas obrigações, deram lugar à contratação em massa.

Cláudia Lima Marques²⁰⁴ pontifica que, “na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou”. E completa:

Os métodos de contratação em massa, ou standardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa, destacaremos, nesta edição, os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos ou cláusulas

²⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 52-53.

gerais contratuais e os contratos do comércio eletrônico com consumidores.²⁰⁵

Com a pluralidade de sujeitos, os contratos passaram a ser pré-elaborados de maneira unilateral, cabendo ao consumidor tão só aderir ao seu conteúdo, o chamado contrato de “adesão”, que abordaremos adiante.

Nas relações de massa, importante esclarecer, nem sempre os contratos serão feitos por escrito, pois, ao lado dos contratos de adesão, expressos em formulários, existem também os contratos orais, a aceitação por meio das chamadas condutas sociais típicas, os simples recibos, os tickets de caixas automáticos. Logo, as citadas condutas sociais típicas podem ser visualizadas na contratação sem diálogo, sem acordo real, ou seja, sem a presença das partes, por atos, imagens ou cliques, em que o consumidor cada vez mais só identifica o fornecedor consumidor pela marca.²⁰⁶

Assim sendo, o direito precisou se atualizar, cedendo às transformações sociais, a fim de controlar as consequências oriundas da liberdade desmedida de contratar, representada pelo princípio da autonomia da vontade.

Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi²⁰⁷ destaca que um dos poucos sistemas normativos que se pode dizer em face dos reclamos da sociedade civil foi o CDC. A edição de tal diploma importa a imposição de limites ao campo volitivo das partes, o reconhecimento da hipossuficiência jurídica do consumidor, deslocando-se para o campo efetivo dos interesses difusos e coletivos, uma relação base que era tratada de forma indiscriminada pelo regramento do direito privado.

Ainda, justifica a citada autora, acerca da importância da aplicação do CDC nas relações de consumo:

Não que o sistema – que ainda prevalece para as relações tipicamente privadas – não pudesse prescrever mecanismos de defesa suficientes para uma parte ínfima destes conflitos, eminentemente individuais – mas é certo que a defesa destes direitos, principalmente em juízo, impunha uma instrumentalização adequada à uniformização de soluções para estes interesses.²⁰⁸

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. Munique: Beck, 1977, p. 471 apud MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 67.

²⁰⁷ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Pretta. *Publicidade abusiva*. Incitação à violência, p. 53.

²⁰⁸ Idem.

No mesmo sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo²⁰⁹ ensina:

Destarte o próprio Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, veio a se transformar no mais importante instrumento legislativo destinado à tutela dos interesses difusos. Sua importância se dá não só pelas definições normativas esclarecedoras do conteúdo material dos denominados interesses ou direitos difusos, como pela modificação instrumental elaborada para atender aos interesses da massa dentro de uma nova mentalidade e dentro de um novo microsistema, concluindo que a própria Lei nº 7347/85 (Lei dos Interesses Difusos) só veio a ganhar seus contornos atuais graças ao CDC.

Nessa trilha, o Estado passou a iniciar uma intervenção agressiva nas relações contratuais, de forma a priorizar o interesse público em detrimento dos interesses meramente privados, em especial o dos consumidores do mercado de produção em massa e economicamente mais fracos.

O CDC determinou a retirada da legislação civil e de outras áreas do direito a regulamentação das atividades humanas relacionadas ao consumo, criando, a partir de então, uma série de princípios e regras em que sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas sim a vulnerabilidade do consumidor.

Quanto aos aspectos contratuais da proteção dos direitos dos consumidores, o CDC alterou a visão clássica de direito privado, que está embasada no liberalismo do século passado, para, segundo Nelson Nery Junior²¹⁰:

[...] a) relativizar o princípio da inatingibilidade do conteúdo do contrato, alterando sobremodo a regra milenar pelo brocardo pacta sunt servanda e enfatizar o princípio da conservação do contrato (art. 6º, n. V); b) instituir a boa-fé como princípio basilar informador das relações de consumo (art. 4º, caput e n. III; art. 51, n.IV); c) impor ao fornecedor o dever de prestar declaração de vontade (contrato), se tiver veiculado oferta, apresentação ou publicidade (art. 30); d) estabelecer a execução específica da oferta como regra (arts. 35, n. I, e 84, § 1º), deixando a resolução em perdas e danos da obrigação de fazer inadimplida como expediente subsidiário, a crédito exclusivo do consumidor (arts. 35, n. III, e 84, § 1º), apenas para dar alguns dos mais significativos exemplos da inovação e modificação das regras privatísticas até então vigentes para as relações de consumo, normas essas revisitadas pelo sistema do CDC.

Na avaliação de Waldirio Bulgarelli²¹¹, o CDC alterou sobremaneira os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos

²⁰⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual*. São Paulo: RT, 1995, p.100.

²¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 509-510.

contratos, criando uma verdadeira revolução doutrinária, diante da modificação de verdadeiros dogmas do direito civil, arraigados no pensamento de estudiosos do direito. Pode-se asseverar, também, que com a criação de mecanismos de proteção do consumidor, ocorreu a maior transformação nas relações contratuais desde a Revolução Industrial, embora esta revolução ainda prossiga.

A seção seguinte cuida dos princípios norteadores da tutela contratual à luz da legislação consumerista em vigor.

3.6 PRINCÍPIOS DA TUTELA DO CONSUMIDOR NA FORMAÇÃO DO CONTRATO

No tocante à disciplina legal de proteção dos contratos de consumo, alguns princípios fundamentais devem ser observados.

A propósito dos princípios, alguns são explícitos, outros implícitos. Entre os primeiros figuram a boa-fé, a transparência, a informação, a proporcionalidade e a equidade das relações de consumo. Entre os segundos merece atenção a função social e econômica das relações de consumo, cuja investigação se dá por indução, assim como pela análise axiológica dos fundamentos da ordem jurídica, os quais, interligados, visam à justiça contratual e à harmonização das relações de consumo.

3.6.1 Princípio da transparência

O legislador consumerista evidenciou acentuada preocupação com os momentos que antecedem a celebração do contrato de consumo porque é nesta oportunidade que o consumidor necessita de especial tutela da lei para decidir conscientemente pela aquisição do produto ou serviço que deseja.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho²¹²:

Quando o consumidor procura o fornecedor para obter as informações preliminares acerca das especificações, preço e condições de pagamento do fornecimento, deve a lei assegurar-lhe a prestação de informações suficientes e adequadas, em um ambiente comercial marcado pela **transparência**, lealdade e boa-fé. [grifo do autor].

²¹¹ BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 38.

²¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, p. 211.

A política nacional das relações de consumo conta com o princípio da transparência, expressamente previsto no artigo 4º, *caput*, do CDC. Tal princípio discorre sobre a necessidade de clareza das informações prestadas ao consumidor.

Para Cláudia Lima Marques²¹³:

[...] transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

Paulo Jorge Sacatezzini Guimarães²¹⁴, em sua obra, intitulada “Vícios do Produto e dos Serviços, por qualidade, quantidade de insegurança”, reporta-se à Resolução nº 39/248 da ONU para destacar que a transparência e o dever de informar dos fornecedores já estavam previstos na referida resolução e que servem de instrumentos aptos a proteger a liberdade de escolha do consumidor.

Com base no princípio em comento, pode-se dizer que houve uma inversão dos papéis tradicionais entre consumidor e fornecedor, visto que aquele que se encontrava na posição ativa e menos confortável, ou seja, aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, buscar conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, no caso o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação. De outra banda, aquele que se encontrava na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação, dever de conduta ativa, o que significa, na prática, uma inversão de papéis e um início de inversão de ônus da prova.²¹⁵

Para que os consumidores possam ter garantida a liberdade de escolha na obtenção dos produtos ou serviços, será necessário, primeiro, ter acesso a todas as informações pertinentes.

Nesse ponto que se encontra nossas indagações nesta pesquisa. Será que o consumidor tem acesso a todas as informações que necessita antes e depois de contratar determinado produto ou serviço? Explicamos. Entendemos que não! Defendemos que o acesso às informações é a segurança mínima que o consumidor

²¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 595.

²¹⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Sacatezzini. *Vícios do produto e do serviço, por qualidade, quantidade e insegurança*. Cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo: RT, 2004, p. 78.

²¹⁵ GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor*, p. 72.

precisa ter para refletir e contratar, sem que tenha que tenha que correr tantos riscos sobre as características deste ou daquele produto ou serviço.

3.6.2 Princípio da informação

O princípio da informação tem estreita ligação com o princípio da transparência. Tanto é assim que ambos os preceitos vêm expressos no CDC, logo nas suas primeiras disposições: o primeiro, no caput do art. 4º e, o segundo, no inciso II do art. 6º.

Na sistemática implantada pelo CDC o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas e omissões.

Luis Antônio Rizzato Nunes²¹⁶ defende a ideia de que informar é um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação. Para o citado autor, a informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela.

O princípio da informação surgiu da teoria dos vícios do consentimento, pois, da ideia de erro como visão falsa da realidade surgiu o dever de informar aos fornecedores de bens e serviços.

O dever de informar, pontualmente, está previsto no início do CDC, em seu art. 6º, incisos II e III, como direito básico do consumidor, conforme transcrito a seguir:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: [...]

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

A expressão educação estampada no inciso II do art. 6º do CDC, na avaliação de José Geraldo Brito Filomeno,²¹⁷ diz respeito a uma educação que deve ser encarada sob dois aspectos: a) formal, a ser dada nos diversos cursos desde o

²¹⁶ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p. 136.

²¹⁷ FILOMENO, José Geraldo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 145-146.

primeiro grau de escolas públicas e privadas, aproveitando-se as disciplinas afins (por exemplo, educação moral e cívica, contemplando aspectos legais e inconstitucionais; ciências, cuidando da qualidade dos alimentados, da água e outros produtos essenciais, e assim por diante); e b) educação informal, de responsabilidade desde logo dos próprios fornecedores, quando, por intermédio da ciência do marketing, sem descuidar do respeito a valores éticos, procura informar adequadamente o consumidor sobre as características dos produtos e/ou serviços, tanto aqueles já colocados no mercado quanto os que ainda serão disponibilizados ao público consumidor.

Nessa linha, vê-se que o direito à informação, além do escopo de informar sobre possíveis riscos à saúde, visa assegurar a livre escolha do consumidor a respeito do que ele estará adquirindo, assim como a garantia de que haverá igualdade na contratação, justo para que não seja surpreendido posteriormente, com eventual cláusula potestativa ou abusiva.

O inciso III do artigo 6º do mesmo diploma consumerista traz um detalhamento do inciso II, já comentado, pois menciona expressamente a obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços quanto às corretas especificações de quantidade, características, composição, qualidade e preço do produto e/ou serviço, bem como aos riscos que apresentem. Trata-se, portanto, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços colocados no mercado, de modo que quem adquirir um produto ou contratar um serviço o faça sabendo exatamente o que poderá esperar dele.²¹⁸

Porém, conforme já relatado, o consumidor não tem o acesso a todas as características do produto ou serviço, para que possa contratar com segurança. A situação fica ainda mais caótica quando o consumidor decide realizar a contratação via online. A velocidade com que chegam as informações faz com que um simples click na tela forme o contrato. Com que condições nessa fração de segundos o consumidor pode assegurar que contratou com segurança?

Para a ordem jurídica, na visão de Fábio Ulhoa Coelho²¹⁹, o acesso à informação é pressuposto inafastável que possibilita ao consumidor realizar suas

²¹⁸ FILOMENO, José Geraldo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 146.

²¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, p. 196-197.

escolhas. A esse direito corresponde o dever do fornecedor de franquear as informações de que dispõe o mais largamente possível.

De todo o exposto, pode-se inferir que o direito à informação, assegurado ao consumidor a respeito do produto ou serviço que está sendo adquirido, configura um direito básico a ser aplicado em todos os contratos de consumo.

3.6.3 Princípio da proporcionalidade

Conforme já abordado em capítulo anterior, por ocasião do estudo dos princípios constitucionais norteadores da relação de consumo, o princípio da proporcionalidade foi positivado na Constituição Federal e, depois, migrou para o direito do consumidor.

Essa migração do princípio da proporcionalidade para a relação de consumo (inclusive os contratos) pode ser observada no artigo 4º, III, do CDC, que dispõe sobre a harmonização dos participantes da relação de consumo, necessária para viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica prevista no artigo 170 da Carta Magna.

Alexandre David Malfatti ²²⁰ demonstra muito bem a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade na solução do caso concreto:

Vejamos, à guisa de exemplo, um caso concreto: uma lei estadual, no Paraná, determinou que os botijões de gás distribuídos em caminhões, deveriam ser sempre pesados à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença menor. A norma estadual, a toda evidência, atendia ao princípio de proteção ao consumidor (CF, art. 170, V). No entanto, ao mesmo tempo a norma violava os princípios de proteção da atividade econômica. Logo, a validade da lei afetaria alguns princípios inseridos na constitucional, ao passo que a decretação de sua invalidez violaria outros princípios de mesmo nível. No caso concreto, aplicando o princípio da proporcionalidade, entendeu o Supremo Tribunal Federal que era mais razoável dar proteção à atividade econômica, suspendendo liminarmente a norma estadual, sob pena de ser configurar exagerada e desnecessária restrição ao direito de propriedade.

No código consumerista, o princípio da proporcionalidade é encontrado nos seguintes dispositivos: art. 4º, *caput*, VI; art. 6º, V; art. 28, *caput*; art. 32, parágrafo

²²⁰ MALFATTI, Alexandre David; DANTAS, Aldemiro; CAMARGO, Elizeu Amaral. Lacunas do Ordenamento Jurídico. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Manole, 2005, p. 86.

único; art. 39, I e V; art. 42; art. 51, IV, § 1º, II e III e § 2º; art. 53, *caput* e § 2º, entre outros.

Para o escopo deste trabalho, o princípio da proporcionalidade tem fundamental observância na formação dos contratos de consumos, como ponto de equilíbrio para os contratantes.

3.6.4 Princípio da equidade

O princípio da equidade foi estudado no capítulo anterior quando analisamos os princípios constitucionais processuais, onde enfocamos a necessidade de se respeitar a liberdade das partes no processo, ou seja, dar tratamento isonômico às partes.

O princípio da equidade, que visa garantir o equilíbrio das relações contratuais, é assim definido por Cláudia Lima Marques²²¹:

Note-se que, concluído o contrato entre o fornecedor e o consumidor, quando o pacto deve surtir seus efeitos, deve ser executado pelas partes, impõe a nova Lei o respeito a um novo princípio norteador da ação das partes, é o *princípio da equidade contratual*, do equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, para alcançar a justiça contratual. Assim, institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

José Carlos Moreira Alves,²²² citando Scialoja, anota que a equidade era conceituada como justiça, sendo considerada como “aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo”.

Vicente Ráo²²³ leciona que a aplicação do princípio da equidade, na concepção moderna, impõe a aplicação de três regras: (i) tratar da mesma forma as coisas iguais e as desiguais em diferenciado; (ii) todos os elementos que constituem ou influenciam a relação analisada devem ser considerados; e (iii) existindo mais de

²²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*, p. 741.

²²² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1e2. p. 84.

²²³ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1991. v. 1. p. 63.

uma solução, deve o intérprete escolher a mais humana e benevolente. A equidade passou, então, a ter uma visão mais humanitária de igualdade de tratamento.

No que tange à aplicação de equidade, esta surge para suprir eventuais lacunas ou incorreções das leis.

Pela linha de raciocínio de Miguel Reali:²²⁴ “[...] as lacunas do direito graças a normas de equidade, e que, mediante juízos de equidade, se amenizam as conclusões esquemáticas da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustá-las às particularidades que cercam certas hipóteses da vida social.”

A positivação de equidade surgiu no Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 114. O mesmo diploma legal do ano de 1973 utilizou a equidade com redação mais restrita. Já no CDC, o princípio da equidade está previsto no artigo 7º, *caput*, assim como no artigo 51, IV, sendo importante diferenciar as concepções trazidas pelo legislador.

O citado artigo 7º, *caput*, figura como princípio básico de todas as relações de consumo e se aplica de forma obrigatória. Na segunda hipótese, o artigo 51, V, aplicável aos contratos de consumo, o princípio de equidade possui força normativa e sancionadora. A violação deste princípio na elaboração das cláusulas contratuais as torna nulas de pleno direito.

Em matéria contratual, o princípio da equidade tem o objetivo de verificar se as cláusulas contratuais são compatíveis com o espírito do CDC, eis que a equidade é tida como força normativa e sancionadora.

Assim, verifica-se o caráter peculiar da equidade nos contratos de consumo, como princípio normativo a ser analisado na configuração da abusividade das cláusulas contratuais (artigo 51, IV, do CDC).

A equidade, portanto, considerada como princípio de cláusula geral, informa que o consumidor deverá ter tratamento diferenciado, ante a sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

²²⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*, p. 294-295.

3.6.5 Princípio da função social do contrato

A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes (contratantes) estipulam entre si.²²⁵

Nessa ótica, se não figurarem como partes do contrato, os terceiros têm de respeitar os efeitos que produz no meio social, isto porque esta modalidade de negócio jurídico – o contrato – tem relevante papel na ordem econômica, sendo indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade.²²⁶

Não se pode deixar de mencionar que os contratos devem ser vistos sob a égide do fato econômico. Carlos Alberto Gherssi apud Daniel Orfale Giacomoni²²⁷ considera o contrato como uma ferramenta para o fato econômica apta a favorecer o acesso e o intercâmbio de bens e serviços, sendo esta a razão de sua existência.

Em virtude da importância de referidos fatos econômicos para a sobrevivência dos contratos, a relação econômica não se pode reproduzir de qualquer maneira, se não de acordo com os parâmetros estipulados socialmente. Assim, com base nesse conceito, a matéria do contrato deve ser entendida como fenômeno de transferência de riquezas, no qual não cabe menção ao elemento subjetivo das partes.²²⁸

Nessa esteira, importantes são os comentários de Humberto Theodoro Júnior:²²⁹

Assegurada esta função sócio-econômica, pode-se cogitar de sua disciplina e limitação. Não se pode, contudo, a pretexto de regular a função natural, impedi-la. A função social é um *plus* que se acrescenta à função econômica. Não poderá jamais ocupar o lugar da função econômica no domínio do contrato. Contrato sem função econômica simplesmente não é contrato.

Portanto, o contrato pode ser invalidado por ofensa aos limites da função social. Não pode, porém, ser transformado pela sentença, contra os termos da avença e ao arrepio da vontade negocial.

²²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31-32.

²²⁶ Idem

²²⁷ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles e comerciales*. Buenos Aires: Ástea. 1990, p.106-107 apud GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor*, p. 74.

²²⁸ Idem..

²²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*, p.116-117.

A novidade da função social do contrato, segundo Rafael Chagas Mancebo,²³⁰ é de cunho prático porque visa realizar o fim social, já prevalente em normas fundamentais da estrutura jurídica brasileira, nomeadamente a Lei de Introdução ao Código Civil que, em seu artigo 5º, estabelece este valor como objetivo e regras do ordenamento jurídico e no artigo 170 da Constituição Federal, que dispõe sobre a justiça social da propriedade e foi reforçado pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 421, o qual preceitua: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Humberto Theodoro Júnior²³¹ corrobora enfatizando que a função social do contrato não constitui uma meta do contrato em si, mas um limite da liberdade de promover a circulação de bens patrimoniais.

Contudo, em posição contrária, coloca-se Daniel Martins Boulous,²³² que sustenta que a função social do contrato não só limitou a autonomia da vontade, como também passou a ser o próprio fundamento e a razão de ser do contrato.

Com todo o respeito às divergências de opiniões, o princípio da função social do contrato impõe limites à vontade de contratar das partes, em prol da sociedade.

Ainda, em matéria de princípios contratuais no CDC, vale salientar que o princípio da função social do contrato leva em consideração todos os demais princípios até então destacados: boa-fé objetiva, transparência, informação, equidade, proporcionalidade e o de proteção à confiança, que são aplicados em prol do fim social.

Carlos Roberto Gonçalves²³³ assevera que:

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu princípios gerais de proteção que, pela sua amplitude, passaram a ser aplicados também aos contratos em geral, mesmo que não envolvam relações de consumo. Destacam-se o princípio geral da boa-fé (art. 51, IV), da obrigatoriedade da proposta (art. 51, VIII), da intangibilidade das convenções (art. 51, X, XI e XIII). No capítulo concernente às cláusulas abusivas, o referido diploma introduziu os princípios tradicionais da lesão nos contratos (art. 51, IV e § 1º) e da onerosidade excessiva (art. 51, §1º. III).

²³⁰ MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.16.

²³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*, p. 99.

²³² BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Aspectos controvertidos no novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 131.

²³³ GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3 (Contratos e atos unilaterais), p. 31.

E Sílvio de Salvo Venosa²³⁴ pondera:

Os princípios tornados lei positiva pela lei de consumo devem ser aplicados, sempre que oportunos e convenientes, em todo contrato e não unicamente nas relações de consumo. Desse modo, o juiz, na aferição do caso concreto, terá sempre em mente a boa-fé dos contratantes, a abusividade de uma parte em relação à outra, a excessiva onerosidade etc., como regras gerais e cláusulas abertas de todos os contratos, pois os princípios são genéricos, mormente levando-se em conta o sentido dado pelo novo Código Civil.

Convém destacar ainda que vários desses princípios foram reafirmados pelo Código Civil vigente, como os concernentes à boa-fé objetiva, à onerosidade excessiva, à lesão, ao enriquecimento sem causa, o que denota uma aproximação e uma harmonização dos dois diplomas em matéria contratual.

A nova concepção do contrato, como denomina Cláudia Lima Marques,²³⁵ é uma concepção social deste instrumento jurídico, segundo a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas também e principalmente releva conhecer quais efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde à condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.

A procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Nessa esteira, Caio Mário²³⁶ pondera que a redação que vingou deve ser interpretada de forma a ser manter a liberdade de contratar exercida em razão da autonomia da vontade que a lei outorga às pessoas. O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazer os seus interesses. A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que tal limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.

²³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. II, p. 371.

²³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 175.

²³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos – Declaração Unilateral de Vontade e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, p.13.

A função social do contrato surge, portanto, para minimizar o princípio da autonomia da vontade, antes uma fonte de toda formação contratual.

Para evidenciar a função social dos contratos, o CDC, em seu artigo 1º, registra que a lei não mais terá o caráter supletivo ou interpretativo, mas sim cogente. A partir deste dispositivo, a lei passa a exercer o controle sobre a vontade de contratar das partes, com vistas ao interesse social.²³⁷ Isso significa dizer que, em que pese o consenso das partes na formação dos contratos, a nova concepção do contrato leva em conta ainda os efeitos do contrato na sociedade.

Os interesses sociais protegidos pela lei serão de confiança depositada no vínculo contratual, nas expectativas e na boa-fé²³⁸ das partes contratantes.

Cláudia Lima Marques²³⁹, discorrendo sobre o assunto, ensina:

É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social. Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.

Assim, para analisar esta evolução do pensamento jurídico até a formação do novo conceito social do contrato há que se dividir o estudo em três partes: (i) a socialização do contrato, (ii) a imposição de um princípio limitador e auto criador: o princípio da boa-fé; e (iii) o fenômeno do intervencionismo do Estado na relação contratual,²⁴⁰ que se tratado no capítulo 5. É o que se estudará nas seções seguintes.

²³⁷ “Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

²³⁸ “Quando o art. 422 do Código Civil de 2002 impõe a observância dos princípios de probidade e boa-fé, os esclareça, claramente, aos contratantes, no que diz respeito aos termos de conclusão e execução do contrato, ou seja, os deveres que entre si devem ser observados”. Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*, p. 31.

²³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 176.

²⁴⁰ Idem.

3.6.6 Socialização do contrato

A ideia de socialização do contrato teve origem nas proposições de Ihering e nas jurisprudências dos interesses (*interessenjurisprudenz*), assim como nas novas teorias italianas sobre o negócio jurídico, pois permitiram que elementos sociais e interesses outros que não os derivados da doutrina da autonomia da vontade passassem a integrar as preocupações do direito dos contratos.²⁴¹

O contrato seria, então, um instrumento que o direito oferece para possibilitar a autorregulação dos interesses dos particulares. A vontade é pressuposto e fonte geradora das relações jurídicas já reguladas em abstrato e em geral, pelas normas jurídicas. A ordem jurídica é que, em última análise, reconhece a autonomia privada; é ela, pois, quem pode impor limites a esta autonomia.²⁴²

Esses postulados, na visão de Cláudia Lima Marques²⁴³, abalariam a onipotência da vontade individual na teoria do direito. Valores como equidade, boa-fé e segurança nas relações jurídicas tomam o lugar da autonomia da vontade na nova teoria contratual.

O direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou subjetiva, mas cogente (art. 1º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade.²⁴⁴

O direito desenvolve, assim, uma teoria contratual, com função social, isto é, o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade, harmonia, tradição) e passa a assumir proporções ideológicas ao concentrar seus esforços na solução dos problemas.²⁴⁵

3.6.7 Princípio da boa-fé objetiva

A imposição do princípio da boa-fé objetiva é essencial e diz com a compreensão das informações que devem ser prestadas ao consumidor nos

²⁴¹ Idem.

²⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 177

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Ibidem, p. 178.

²⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 178.

contratos. Bem por isso, não se pode deixar de mencionar o princípio basilar que rege toda e qualquer relação de consumo, qual seja, a boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé sempre esteve presente nas relações que ocorrem no seio da sociedade e também nas relações jurídicas. Muito embora não tivesse regramento específico, o princípio da boa-fé se situava em um plano “pré-positivo”,²⁴⁶ ou seja, tinha vigência independente da existência de uma regra positivada a respeito.

Assim, o princípio em questão já se encontrava presente em diversas decisões judiciais, em que pese a existência de uma lei que o definisse.

Importante destacar que o Código Civil brasileiro abordou o princípio da boa-fé apenas em sua forma subjetiva e não objetiva, como o fez o CDC.

Nelson Nery Junior²⁴⁷ assevera que o Código Civil tem, hoje, preceito expresso no sentido de que as relações jurídicas devam ser realizadas com base na boa-fé (art. 422 do CC), a exemplo do que ocorre no direito alemão (§ 242 do BGB – *Leistung nach Treu und Glauben* – “Prestação segundo a boa-fé”). Essa boa-fé objetiva decorre também dos princípios gerais do direito. Ademais, a exigência de as partes terem de se comportar segundo a boa-fé é proclamada amiúde, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

O comportamento das partes de acordo com a boa-fé tem como consequência a possibilidade de revisão do contrato celebrado entre elas, pela incidência da *clausula rebus sic stantibus*, a possibilidade de arguir-se a *exceptio doli*, a proteção contra as cláusulas abusivas anunciadas no art. 51 do CDC, entre outras aplicações da cláusula geral.²⁴⁸

Caio Mário²⁴⁹ pondera que a boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com a conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos

²⁴⁶ MARTINS COSTA, Judith Hofmester. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, 1992. v. p. 145.

²⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 515.

²⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 515.

que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado).

Como visto, o CDC traz a lume a boa-fé objetiva e não a subjetiva, sendo importante mencionar que a diferença primordial entre ambas alude a que a primeira representa o comportamento correto e legal, enquanto a última diz respeito à falta de conhecimento ou ignorância de uma pessoa acerca de uma situação ou um direito seu.

Judith Martins Costa,²⁵⁰ com relação à boa-fé subjetiva, explica:

A expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como intenção de lesar outrem. [...]

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável), que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses de casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente).

A respeito da boa-fé objetiva, importantes são os ensinamentos de Agathe E. Schmidt da Silva:²⁵¹

A boa-fé objetiva pressupõe: 1º) existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada em relação à outra; 2º) padrões de conduta exigíveis do bom cidadão, do profissional competente, enfim, o que costuma ser traduzido pela noção de *bônus pater familias*; e 3º) reunião de condições suficientes para criar na outra parte contraparte – estado de confiança no negócio celebrado, e só então a expectativa desta será tutelada, ou seja, considera-se a posição de ambas as partes que estão em relação.

Como novo paradigma para as relações contratuais de consumo da sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, como a atual, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios

²⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 21.

²⁵⁰ MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 410.

²⁵¹ SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 17, 1996, p.155.

gerais do direito, há muito tempo conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da boa-fé.²⁵²

Esse princípio ou novo mandamento obrigatório em todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só nas relações de consumo, será aqui denominado de princípio da boa-fé objetiva para destacar a sua nova interpretação e função.

O princípio da boa-fé objetiva, na formação e na execução das obrigações, possui muitas funções na nova teoria contratual. São elas: (i) *como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos*. Trata-se de função criadora, seja como fonte de novos deveres, de conduta anexa aos deveres de prestação contratual, seja como dever de informar, dever de cuidado e dever de cooperação, seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito, ao impor os riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato; (ii) *como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos*. É uma função limitadora que atua reduzindo a liberdade dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais, seja libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta; e (iii) *na concreção e interpretação dos contratos*. É a função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser o princípio da boa-fé, o qual permite uma visão total e real do contrato em exame.²⁵³

A boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.²⁵⁴

O CDC trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil. É que a positivação do princípio da boa-fé objetiva como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III, e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, o diploma consumerista acabou positivando em todo o seu corpo normativo a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 180.

²⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 180.

²⁵⁴ Idem

O primeiro e mais conhecido dos deveres anexos (ou das obrigações contratuais acessórias) é o dever de informar (arts. 30 e 31 do CDC). Este dever já é visualizado na fase pré-contratual, fase de tratativas entre o consumidor e o fornecedor.

O princípio da boa-fé objetiva é, portanto, um princípio limitador do princípio da autonomia da vontade e um elemento criador de novos deveres contratuais, que deve contar, para sua maior efetividade, com previsão legal específica.²⁵⁵

Por ser considerado um princípio limitador da autonomia da vontade, bem como um elemento criador dos deveres contratuais, sua aplicação e respeito deveria ser uma praxe e incontestada em qualquer contratação, mas sabemos que a realidade brasileira é outra. O fornecedor falta com a lealdade quando põe produtos ou serviços no mercado de consumo e omite não só a boa-fé como também outros princípios, como, por exemplo, o da informação.

3.6.8 Princípio da confiança

O estudo deste princípio será retomado no capítulo 5, ocasião que analisaremos as expectativas do consumidor com relação ao direito de informação nas relações de consumo.

A teoria da confiança surge como consequência da nova teoria contratual, em que os vícios de consentimento não mais terão o foco principal, embora ainda existentes. Na dúvida entre a vontade declarada e a vontade interna, a primeira prevalecerá²⁵⁶.

O CDC instituiu no Brasil o princípio da confiança que leva em conta a expectativa do consumidor em relação ao outro contratante. Busca-se, nesse caso, a valorização da confiança e da boa-fé depositadas no parceiro contratante.

Salienta-se que o princípio da confiança representa um marco na transição do foco do indivíduo para os interesses sociais. Enquanto a teoria clássica da vontade se concentrava na vontade errônea do indivíduo, isto é, na criação do contrato, a

²⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais, p. 203.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 233.

confiança visa, além do indivíduo, à proteção dos efeitos do contrato, por meio da concentração nos legítimos interesses e na segurança das relações.²⁵⁷

No entendimento de Cláudia Lima Marques,²⁵⁸ o princípio da proteção da confiança, pelo CDC, abrange dois aspectos:

1) a proteção do consumidor da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

E complementa a citada doutrinadora:

[...] outra consequência da nova concepção social do contrato, que pretendemos frisar, é justamente a mudança do momento de proteção do direito. Não mais se tutela exclusivamente o momento da criação do contrato, a vontade, o consenso, mas, ao contrário, a proteção das normas jurídicas vai concentrar-se nos efeitos do contrato na sociedade, por exemplo, no momento de sua execução procurando assim harmonizar os vários interesses e valores envolvidos e assegurar a justiça contratual. É o que tentamos aqui denominar como efeito de proteção à confiança e aos interesses legítimos das partes em uma relação contratual.²⁵⁹

A título de exemplo da aplicação do princípio da confiança, convém destacar o artigo 18, §6º, III, do CDC, em que o legislador protege as expectativas legítimas que o consumidor teria, ainda que não se trate de qualidades essenciais do produto ou de qualidades expressamente garantidas no contrato²⁶⁰.

A proteção da confiança dos legítimos interesses não basta a intervenção única do legislador. Estes elementos sociais introduzidos na proteção pela teoria do direito exigirão um estudo caso a caso a ser feito pelos defensores das partes e, por fim, pelo poder judiciário. Tal estudo vale dizer, é baseado principalmente no princípio da boa-fé e nas condições que deram origem à relação contratual.²⁶¹

²⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 233

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ Ibidem, p. 234.

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 239

3.7 OS CONTRATOS DE MASSA

Os métodos de contratação em massa, ou standardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre as empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa, destaca-se o contrato de adesão e as condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais e os contratos do comércio eletrônico com consumidores.

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou, segundo os ensinamentos de Lorezenti.²⁶²

Na sociedade de massa atual a empresa e mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado.²⁶³

Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, ou seja, são cláusulas pré-redigidas que serão aplicadas a toda a série de futuras relações contratuais.

Cumprir lembrar que nos contratos de massa nem sempre serão feitos por escrito, podendo ser orais e aceitos através de condutas sociais típicas ou simples recibos.

A doutrina estrangeira²⁶⁴ ratifica que a utilização do uso de máquinas e da televisão e dos meios telemáticos, denuncia que muitos contratos de massa são feitos em silêncio ou sem diálogo, por coisas, imagens de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meios não perenes e virtuais; atos

²⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. Comercio Electrónico. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001., p.13 -“A desmaterialização do economicamente desejado pelo consumidor e a massificação da tecnologia informática influenciaram em muito dos métodos de contratação, os objetivos contratuais, e compõem as duas crises na teoria contratual clássica: a da massificação e a da desmaterialização, aqui denominada de crise da pós-modernidade, pois inclui, a primeira, a concentração em contratos de serviços, de longa duração, o comércio eletrônico e de todos os fenômenos de contração”.

²⁶³ FONTAINE, Marcel. Apud GHESTIN, Jacques. *La protection de la partie faible dans le rapports contractuel: comparaison-franco-belges*. Paris: LGDJ, 1996, p.2

²⁶⁴ IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2. ano LII.1998, ano LII.1998, p. 353 – o autor denuncia que o homem de hoje não usa mais a linguagem para concluir contratos e afirma: “La parola possiede un contenuto teoretico, che l’occhio non può avere: la parola offre, la cosa si offre; la parola evoca l’assente, la cosa é presente; la parola chiede di esser capita, la cosa di essere ricevuta nella percizione visiva. Ecco perché, dove la cosa o l’immagine dela cosa prendono il luogo della parola, si estingue il dialogo e regna silenzio.

existenciais, sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e clicks deste homem atual.

Nesse ponto, concordamos com a doutrina estrangeira, na medida em que os contratos de massa são elaborados pelo corpo jurídico do fornecedor, no silêncio e sem qualquer possibilidade de diálogo entre as partes, como ocorre nas relações de consumo.

3.7.1 o contrato de adesão

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

Em outras palavras, podemos destacar como características do contrato de adesão: i) a sua pré-elaboração unilateral; ii) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; iii) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.²⁶⁵

A denominação “contrato de adesão” foi dada para a técnica de contratação desenvolvida por Saleilles, quando analisou a parte geral do BGB alemão. Muito embora a nomenclatura dessa forma de contratar tenha sofrido críticas da doutrina, ganhou a aceitação no Brasil e no exterior.²⁶⁶

Luis Antônio Rizzato Nunes²⁶⁷ ministra que o contrato de adesão é típico das sociedades de massa, construídas a partir de um modo de produção. O crescimento da sociedade de consumo, com sua produção em série, standardizada, homogeneizada, com a contratação de operários em massa, a especialização e o implemento da robótica, entre outras mudanças, exigiu a utilização dos contratos-formulários, impressos com cláusulas prefixadas para regular a distribuição e venda dos produtos e serviços de massa. São contratos que acompanham a produção.

²⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais - 6ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 81

²⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 633.

²⁶⁷ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*, p. 611-612.

Para Orlando Gomes,²⁶⁸ contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré-construído, por uma das partes e eliminada a livre discussão que precede normalmente a formação dos contratos, mas até este seu traço distintivo continua controvertido.

No ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de adesão não tinha previsão antes da promulgação do CDC, que estabeleceu formas diferenciadas para análise e interpretação do instituto, bem como cláusulas gerais que o compõem.

O contrato de adesão foi objeto de expressa regulamentação por parte do CDC, em seu artigo 54 e parágrafos. Da dicção do dispositivo, observa-se que o legislador cuidou apenas da conceituação legal desta modalidade de contrato e de traçar o regime jurídico, criando, inclusive, um controle prévio:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Oportuno fazer, então, uma análise das peculiaridades desta modalidade de contratação, aliada às cláusulas gerais dos contratos.

A doutrina faz distinção entre “contratos de adesão” e “contratos por adesão”. *Contrato de adesão* alude a uma forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do poder público (v.g. cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). *Contratos por adesão* são aqueles fundados em

²⁶⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*, p.128.

cláusulas também estabelecidas unilateralmente por estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.²⁶⁹

O diploma legal consumerista fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do poder público (“aprovadas pela autoridade competente”, do art. 54, *caput*, do CDC) como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por umas das partes estão incluídas no conceito legal de “contrato de adesão”²⁷⁰.

Opõe-se ao contrato de adesão o “contrato de comum acordo”, ou seja, aquele concluído mediante negociação das partes, cláusula a cláusula.

O contrato de adesão, portanto, não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.²⁷¹

Nenhuma lei proíbe o contrato de adesão. O que é vedado pelas normas de proteção ao consumidor é a imposição de cláusulas abusivas e iníquas, como adverte Humberto Theodoro Junior:²⁷² “é contra elas e não contra o contrato de adesão em si que se voltam às leis protetivas da parte vulnerável dos negócios padronizados”.

Nesse contexto, a implementação da contratação em massa, por intermédio do contrato de adesão, é levada a efeito por meio das cláusulas gerais dos contratos. Logo, eles são caracterizados pelos atributos de preestabelecimento do instrumento contratual, unilateralidade, uniformidade, rigidez e abstração.

Ocorre que o estipulante estabelece cláusulas gerais contratuais unilateralmente, antes mesmo de se iniciarem as tratativas contratuais, o que consubstancia o preestabelecimento do instrumento contratual, de maneira que servirá a toda gama de negócios relacionados àquela área, restando evidenciada a uniformidade.

²⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 633.

²⁷⁰ Idem.

²⁷¹ Ibidem, p. 634.

²⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 57.

No tocante a rigidez, verifica-se que ao consumidor não é dada a oportunidade de discutir o conteúdo do contrato, mas tão somente aceitar os termos propostos.

O STJ analisando a cláusula contratual que exclui o transplante necessário ao tratamento de doença coberta pelo plano de saúde se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRANSPLANTE. CLÁUSULA LIMITADORA. ABUSIVIDADE. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. DOENÇA COBERTA PELO PLANO. EXCLUSÃO. TRATAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. Esta Corte consolidou o entendimento de que para se averiguar a existência ou ausência de cláusula limitadora e abusiva de contrato de plano de saúde é necessário proceder à análise das cláusulas contratuais, incidindo o óbice das Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 2. Nos contratos de adesão, as cláusulas que limitam o direito do consumidor contratante devem ser redigidas com clareza e destaque para que não fujam à sua percepção e, em caso de dúvida, devem ser interpretadas favoravelmente ao consumidor. 3. Conforme a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, é abusiva a cláusula contratual que exclui o transplante necessário ao tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 139951 SP 2012/0005216-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 06/11/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2014).

O STJ no julgamento do venerando acórdão por bem entendeu que pelo fato de ser um contrato de adesão as cláusulas que limitam o direito do consumidor devem ser redigidas com clareza e destaque para que não fuja à sua percepção.

Por sua vez, a abstração é corroborada por meio da circulação dos formulários onde se estabelecem as cláusulas gerais contratuais.

Importante destacar ainda que os dispositivos do CDC que dispunham acerca das cláusulas gerais contratuais previstas nos artigos (51, § 3º e 54 § 5º) foram vetados. Entretanto, a doutrina majoritária defende a sua existência e permanência na análise jurídica.

Oportuno fazer, então, uma análise das peculiaridades desta modalidade de contratação, aliada às cláusulas gerais dos contratos, como se verá a seguir.

3.7.2 Cláusulas Gerais dos Contratos (CONDGs)

Na maioria das vezes, a contratação em massa é levada a efeito por meio das Cláusulas Gerais dos Contratos (CONDGs), que são as cláusulas estipuladas por um dos contratantes, antes do início das tratativas contratuais e que servirão para reger os negócios a serem entabulados.

Nesse sentido, ensina Cláudia Lima Marques:²⁷³

Condições gerais dos contratos (CONDGs) é aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos.

As cláusulas gerais contratuais se submetem a rigoroso controle, que pode ser efetivado administrativa ou judicialmente, sendo certo que, nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira,²⁷⁴ buscam proteger o consumidor dos abusos econômicos. Portanto, para que as condições gerais de contratação ganhem força obrigatória na relação contratual a ser estabelecida entre as partes, é necessária sua inclusão nos documentos escritos.

Bom lembrar que, para os consumidores que celebram contratos submetidos às condições gerais, verifica-se a primazia das cláusulas pactuadas individualmente, escritas ou não. Ou seja, as cláusulas pactuadas possuem prevalência sobre as pré-elaboradas.²⁷⁵

O princípio da informação, anteriormente comentado, foi efetivado com a disciplina do artigo 46 do CDC, ao determinar que os instrumentos contratuais não poderão ser redigidos de maneira que dificulte a compreensão do consumidor, sob pena de não torná-lo obrigado. Com esse dispositivo, vê-se que o legislador procurou proteger o consumidor, diante das práticas comerciais agressivas, a fim de permitir que este instrua o processo decisório e concretize a relação de consumo de maneira consciente.

²⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, p. 67.

²⁷⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006. v. 60, p.14.

²⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 68.

Entretanto, a regra do artigo 46 do Diploma Consumerista não tem sido cumprida como se esperava pelo fornecedor, embora reconheçamos o esforço do legislador infraconstitucional cujo objetivo era proteger o consumidor, no entanto, não se observa na prática o cumprimento deste dispositivo, como por exemplo, nos contratos eletrônicos, onde o consumidor, muitas vezes, não recebe as informações que precisava saber sobre o produto ou serviço, quanto menos o contrato de adesão.

Neste sentido, O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao tratar do tema julgou:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA. DIFERENCIAÇÃO ENTRE INVALIDEZ PARCIAL E TOTAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DAS CONDIÇÕES GERAIS AO SEGURADO. DEVER DE INFORMAR. 1. O Banco CSF é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, porquanto participou da negociação entabulada entre a seguradora e o seu cliente, realizando os descontos dos prêmios na fatura do cartão. Aplicação da teoria da aparência. 2. Em tese, inexistente ilegalidade ou abusividade na cláusula que estipula a diferenciação entre a indenização securitária nos casos de invalidez total e parcial, bem como a necessidade de graduação desta. No entanto, na espécie, não há qualquer prova, a cargo da seguradora, de que o segurado tenha recebido as informações necessárias a respeito do seguro (condições gerais, cláusulas etc). Necessidade de disposição restritiva que deve ser redigida em destaque e de forma a oferecer toda informação necessária ao contratante que restou desatendida na espécie. Indenização devida. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70056744790, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 29/10/2014). (TJ-RS - AC: 70056744790 RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Data de Julgamento: 29/10/2014, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/11/2014).

Denota-se da análise do v. acórdão a preocupação do Tribunal em se posicionar a respeito do direito do consumidor no que se refere à aplicação do direito de informação, prevista no artigo 46, do CDC.

Ainda, as cláusulas contratuais gerais inseridas em formulários de contrato de adesão, que caracterizam limitação ou imposição aos direitos e deveres do consumidor, deverão ser redigidas em destaque, haja vista a necessidade do consumidor atentar para todas as implicações decorrentes do contrato de consumo.

Nos contratos de adesão, vale lembrar, o consumidor a quem não se der a oportunidade de discutir o conteúdo do contrato a que foi submetido, ser-lhe-á garantida a oportunidade de tomar conhecimento das cláusulas contratuais gerais.

O art. 47 do mesmo diploma legal estatui que o contrato de consumo deve ser interpretado de maneira mais favorável ao consumidor. Esse é, pois, o reconhecimento de que o consumidor é vulnerável, ou seja, a parte mais fraca da relação jurídica, devendo o contrato de consumo ser interpretado da maneira que lhe for mais favorável.

O Código Civil, ainda que de forma tímida, manifesta-se sobre o contrato de adesão em seu artigo 423, onde estabelece que as cláusulas contratuais que ensejarem ambiguidade ou contradição deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao aderente. No artigo 424, reza que nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada de aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O contrato de adesão não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato sempre que seja buscada a rapidez na conclusão da negociação realizada, exigência comum nas economias de escala.

A seguir, analisaremos o princípio da autonomia da vontade, bem como sua importância na formação dos contratos de consumo.

CAPÍTULO 4 - O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O estudo do princípio da autonomia da vontade será retomado no capítulo 5, desta tese, quando estaremos tratando da limitação da liberdade das partes na contratação, bem como da relativização da força obrigatória do contrato, quando da atuação do Estado-Juiz, razão que deixam de ser abordados nessa oportunidade.

As ideias liberalistas que assolaram o século XVIII refletiram diretamente nos contratos que teve o seu apogeu na França que objetivava o ideal burguês e concebia o contrato como lei entre as partes, sendo positivado no artigo 1.134²⁷⁶ do Código Civil Francês, ao estabelecer que as convenções legalmente constituídas tem o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram.²⁷⁷

De acordo com a teoria clássica, segundo Custódio Ubaldino Miranda,²⁷⁸ a vontade, por ser propulsora dos negócios jurídicos, acabava por receber extrema importância, chegando Savigny a afirmar se o declarante incidisse em erro sobre o conteúdo da declaração ou quando houvesse uma divergência entre o que quer o que afinal declara, ou seja, o negócio não poderá subsistir sem o seu suporte essencial, qual seja, a vontade, pelo que será considerado inválido.

A mudança da fundamentação do contrato, diante de todos esses fatores sociais, econômicos e políticos, fez com que, juristas, filósofos e economistas do século XVIII dessem à regra canônica uma extensão inexistente em suas origens. À fórmula todas as convenções são obrigatórias foi agregada “a convenção é a única lei entre as partes”.²⁷⁹

A autonomia da vontade foi levada à máxima expressão no Código Napoleônico, se transformando na base de todo o sistema estabelecido para os

²⁷⁶ “*Les conventions Légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”, ou seja, as convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra a qual deve se submeter como a própria lei (tradução livre do autor)

²⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015 p.41.

²⁷⁸ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Teoria Geral do Negócio Jurídico. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24

²⁷⁹ SANTOS, Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Método, 2002, p.31

contratos. A liberdade humana foi considerada tão ilimitada que o acordo de vontades foi equiparado à lei.²⁸⁰

Se a liberdade humana nas contratações foi equiparada à lei por que então não são cumpridas? Exemplo disso fica evidente nas contratações eletrônicas, vez que o consumidor omite dos consumidores o direito de informação sobre o produto ou serviço, haja vista a velocidade com que as informações são processadas, tendo o consumidor que se socorrer do Poder Judiciário para poder reequilibrar a relação jurídica.

Portanto, a autonomia da vontade pode ser conceituada como o poder que as pessoas têm de estipular livremente disciplinando seus interesses. Em outras palavras, equivale a um poder de autorregulamentação dos interesses, ou seja, é a liberdade de firmar obrigações.²⁸¹

O princípio da autonomia da vontade, na literatura de Orlando Gomes,²⁸² particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar, pois significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

Em outras palavras, a autonomia da vontade seria um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei.

Ela se manifesta sob três aspectos:

- a) a liberdade de contratar propriamente dita, como o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente;
- b) a liberdade de estipular o contrato;
- c) a liberdade de determinar o conteúdo do contrato, onde os contratantes são livres para determinar o conteúdo do contrato, nos limites legais imperativos.

No entendimento de Luiz Roldão de Freitas Gomes,²⁸³ o princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para a celebração dos contratos atípicos.

²⁸⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Método, 2002, p.32

²⁸¹ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e transição de autonomia da vontade para a autonomia privada. In: Renan LOTUFO (Coord). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 168

²⁸² GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 25

²⁸³ *Ibidem*, p. 27

Nessa trilha, Maria Helena Diniz²⁸⁴ ensina que esse poder de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, envolve liberdade contratual que é a determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar, alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante.

Neste sentido, ensina Silvio de Salvo Venosa.²⁸⁵

Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos).

Silvio Rodrigues,²⁸⁶ em seu magistério, entende que não estão as partes adstritas à escolha de determinado contrato nominal, antes, podem usar da liberdade que lhes reconhece a lei, para recorrer a um contrato atípico, ou para combinar várias espécies de contratos, a fim de regular o eventual conflito entre seus interesses.

Neste contexto, questionamos se há diferença entre a autonomia da vontade ou autonomia privada?

A doutrina de Rafael Chagas Mancebo²⁸⁷ pontifica que o princípio da autonomia da vontade contratual tem como ideia principal a liberdade de contratar, um direito potestativo²⁸⁸ do indivíduo conferida pela ordem jurídica.

Ainda nas palavras do doutrinador, esta noção de liberdade contratual oscila entre duas polaridades: a pessoa, em seu poder de exercer sua liberdade contratual e o ordenamento jurídico que autoriza o direito potestativo.

²⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , p. 41.

²⁸⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 407.

²⁸⁶ RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, 30ª ed. – vol. 3., Ed. Saraiva, 2004, p.16

²⁸⁷ MANCEBO, Rafael Chagas. A Função Social do Contrato. São Paulo. Quartier Ltain, 2005, p. 49

²⁸⁸ SANTORO-PASSARELLI, Francisco. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra. Atlântida, 1967, p. 501. Define o direito potestativo como a supremacia da vontade do titular, uma vez que a liberdade contratual resulta em um paradoxo, pois a liberdade de contratar é um poder potencial do indivíduo que conflui com outros poderes dos individuais para formar o contrato.

Ana Prata²⁸⁹ em sua doutrina discorre que a autonomia privada ensina que o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica).

O contrato é o fruto mais aperfeiçoado da vontade e se revela: (i) na liberdade contratual, que consiste no estabelecimento dos termos e das condições com contrato e (ii) na liberdade de contratar, entendida como autonomia dos indivíduos para contratar ou não e com que contratar, como depreende de seus ensinamentos Nelson Nery Junior e Rosa Nery²⁹⁰.

A propósito, Luis Fernando Afonso²⁹¹ ensina:

A autonomia da privada nas relações de consumo não é realizada de forma plena, já que os consumidores, desconhecedores da técnica, confiam nas informações trazidas pelos fornecedores de produtos/serviços. Por esta razão, não custa lembrar, impõe-se ao Estado o dever de fiscalizar a atividade publicitária, com vistas a proteger o direito de escolha do consumidor.

De outra banda, há quem²⁹² não diferencie a autonomia da vontade da autonomia privada e faça a conjunção ou quando diz que o negócio jurídico é o principal meio de atuação da autonomia privada ou da vontade, entendendo a autonomia da vontade como poder de livre exercício de seus direitos, guiado pelo vontade subjetiva, mas há quem²⁹³ diferencie os conceitos entendendo que a liberdade jurídica de atuação é signo de autonomia, como esfera de liberdade do agente no âmbito privado, entendendo ser regido por suas próprias leis.

Gisele Lenzi²⁹⁴ pondera:

A autonomia da vontade (com conotação psico-subjetiva) é a manifestação da liberdade no campo jurídico. Já a autonomia privada (o poder da vontade no direito de modo objetivo, concreto e real) cria, no âmbito legal, normas jurídicas, complementares e submissas ao ordenamento do Estado.

²⁸⁹ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra. Almedina. 1982, p. 15

²⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. Instituições de direito civil. Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

²⁹¹ AFONSO, Luis Fernando. Publicidade, Controle de Ilícitude no Direito do Consumidor e Prática de Storytelling – Tese de Doutorado em Direito – PUCSP, 2016, p. 109

²⁹² MONTEIRO, Antônio Pinto; PÍNTO, Paulo Mota, PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil – Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p. 102

²⁹³ AMARAL, Francisco. Direito Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345

²⁹⁴ LENZI, Giseli Ilana. A crise do crédito do consumidor à luz da Lei 8078/1990. Tese de Doutorado em Direito – PUCSP, 2017, p. 128

De forma sintética, a autonomia da vontade é relacionada com a liberdade de autodeterminação e autonomia privada, com o poder de auto-regulamentação²⁹⁵.

Nesse contexto, analisamos e percebemos a necessidade de se compreender a importância do estudo da autonomia da vontade, seja na vertente voluntarista²⁹⁶ e normativista²⁹⁷ no momento de realizar a contratação. Nos contratos atípicos, por exemplo, gerados pelas necessidades e interesses das partes, desde que sejam as pessoas capazes, o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica, nos termos do artigo 104 do Código Civil.

Oportunos são os ensinamentos de Regina Villas Boas:²⁹⁸

O interesse humano, em regra, começa a ser valorado na ordem social e, somente após, ganha realce e status no mundo jurídico, que passa a protegê-lo no rol dos direitos e garantias do homem, propiciando instrumentos jurídicos que promovam a sua defesa e tutela.

Ademais, é preciso entender que a liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo.

Oportuna é a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que enfrentou a questão, em sede de recurso de apelação, quando se analisou o pedido de nulidade de cláusulas contratuais de Plano de Saúde Coletivo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C COM PEDIDO DE MANUTENÇÃO DE CONTRATO. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. RESCISÃO UNILATERAL. FACULDADE. AUTONOMIA DA VONTADE. Em regra, deve-se prestigiar a autonomia da vontade dos contratantes, que livre e expressamente pactuaram cláusula resolutiva, pela qual qualquer das partes pode resilir unilateralmente o contrato, mediante denúncia prévia.
(TJ-MG - AC: 10701120193258001 MG, Relator: Wagner Wilson, Data de Julgamento: 20/03/2014, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/03/2014).

²⁹⁵ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no direito privado. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set, 2004, p. 111

²⁹⁶ A autonomia da privada significa um triunfo absoluto da vontade, que concebe o negócio jurídico e determina os seus efeitos.

²⁹⁷ O negócio jurídico é mero pressuposto de fato para a qual a lei dita os efeitos jurídicos que dela decorrem.

²⁹⁸ VILLAS BOAS, Regina Vera, JUNIOR, Wilson José Vinci. Prescrição e Decadência no cenário do direito do consumidor: relação entre o direito e o tempo na contemporaneidade. <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/25-90-2-pb.pdf>, p. 48>. Acesso em 10. Nov. 2017

Depreende-se da análise do acórdão que o princípio da autonomia da vontade deve ser respeitado, haja vista a liberdade de escolha que as partes fizeram no momento da contratação.

A conclusão de que a liberdade contratual venha a sofrer novas limitações com o atual código civil é errônea, porque tais limitações sempre foram presentes no acordo de vontades que, afinal, depende da chancela social por meio da juridicidade.²⁹⁹

Aliás, as normas de ordem pública têm por escopo abrandar o desequilíbrio entre o contratante economicamente saudável, forte e robusto, perante o consumidor débil, como se verá a seguir.

4.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA

O interesse da sociedade deve prevalecer quando se colide com o interesse individual, uma vez que a liberdade de contratar sempre encontrou limitação na ideia de ordem pública.

A liberdade contratual encontra limite na supremacia da ordem pública e na função social dos contratos, denominada sociedade ou sociabilidade, como conduta de convívio a ser observada por quem vive em sociedade. Ou seja, é proibida a prevalência de qualquer convenção em sentido contrário, nos termos do artigo 2035, § único, do Código Civil.³⁰⁰

Na concepção de Dolinger,³⁰¹ a axiologia que sobreleva a vontade individual já indica o interesse da sociedade e assim a noção de ordem pública aproxima o interesse social da vontade individual, submetendo-se aquela.

Conforme tratamos no tópico anterior, o princípio da autonomia da vontade não é absoluto, ou seja, é limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública, principalmente, após o crescimento da industrialização, no caso do Brasil, em que a

²⁹⁹ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, 1995, p. 731.

³⁰⁰ CC, Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

³⁰¹ DOLINGER, Jacob. A evolução da ordem pública no direito internacional privado: tese apresentada para o concurso à cátedra de direito internacional da UERJ: Rio de Janeiro, 1979, p. 10

forma de contratar provoca desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco, como ocorre no caso dos consumidores.

Silvio Rodrigues pontifica:³⁰²

A ideia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares.

O caráter de ordem pública de uma norma depende da vontade do legislador, porque toda lei é ditada tendo em mira um interesse geral.³⁰³

Carlos Roberto Gonçalves³⁰⁴ ensina que a noção de ordem pública, todavia, é muito fugida, não se amoldando a qualquer classificação feita a priori. O mesmo sucede com os bons costumes. Cabem aos tribunais verificar, em cada caso, se a ordem pública está ou não em jogo.

No mesmo sentido, coaduna Antônio Jeová dos Santos.³⁰⁵

Limitando a autonomia da vontade, retirando-a daquele poder soberano, férreo, imutável e onipotente, existem o dirigismo contratual, o protecionismo social, o direito de consumo e os contratos de adesão.

O Código Civil em vigor, no parágrafo único do artigo 2035, proclama que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Nessa esteira, o STJ em Recurso Especial, julgado pela Ministra Nancy Andrighi, se pronunciou:

Há, na norma supra transcrita, duas regras distintas, a saber: (a) a fixação da nova lei como diploma regulador dos efeitos de quaisquer contratos, firmados anteriormente à vigência do novo código (caput); e, (b) a não prevalência de uma convenção, na hipótese de ela entrar em confronto com os princípios de ordem pública introduzidos pela nova lei (parágrafo único). Ou seja: a hipótese “a” destina-se a regular todos os contratos anteriores, incidindo unicamente sobre

³⁰² RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, 30ª ed. – vol. 3., Ed. Saraiva, 2004, p.16

³⁰³ CASTEX, Manuel Arauz . *La ley de ordem público*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1945, p. 25-30

³⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais.- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015 p.44.

³⁰⁵ SANTOS, Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Método, 2002, p.39

seus efeitos, que são mantidos; a hipótese “b”, por sua vez, destina-se a fulminar apenas alguns contratos (contrários à ordem pública), eliminando, portanto, de maneira completa a sua eficácia. (REsp nº.691.738 – SC (2004/0133627-7), rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.05.2005)

No julgado acima transcrito, percebemos que o princípio da autonomia da vontade continua tendo relevância à luz do artigo 2025, § único do Código Civil, no momento das partes elaborarem o vínculo obrigacional, desde que não infrinja ou confronte com o princípio de ordem pública.

Além disso, a ordem pública é também considerada uma cláusula geral prevista no artigo 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, regra de direito internacional privado que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública.

Portanto, devemos sempre nos atentar à observância da importância do princípio da supremacia da ordem pública que deve estar presente nas relações jurídicas, em respeito aos bons costumes e constituem freios e limites necessários à liberdade de contratar.

4.3 O PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO

O princípio do consensualismo é de suma importância para a formação dos contratos, pois basta para o aperfeiçoamento do contrato, que também irá influenciar diretamente no acordo de vontades, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que vigoravam em tempos primitivos.

Em outras palavras, o consensualismo decorre da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa.

O princípio do consensualismo fundamenta-se na ideia de que os simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar contrato válido.³⁰⁶ A coincidência de vontades que constitui o acordo de vontades é o bastante para a validação do contrato.

³⁰⁶ Validade adstrita ao âmbito formal, também denominada vigência que “...seria a existência específica da norma, indicando uma propriedade entre normas. Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo, Saraiva, 14ª ed., 2001, p. 385

Por sua vez, substancial, no dizer de Carlos Alberto Bittar³⁰⁷:

Sendo o contrato corolário natural da liberdade e relacionado à força disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam da faculdade de vincular-se pelo simples consenso, fundadas, ademais, no princípio ético do respeito à palavra dada e na confiança recíproca que leva a contratar.

A título de exemplo, podemos dizer que o contrato de compra e venda, quando pura, torna-se perfeito e obrigatório, desde que as partes considerem e acordem no objeto o preço, conforme autoriza o artigo 482³⁰⁸ do Código Civil. Neste passo, o contrato já estará perfeito e acabado desde o momento em que o vendedor aceitar o preço oferecido pela coisa, independentemente da entrega desta.

Outra fase se constitui quando se concretiza o pagamento e a entrega do objeto, consolidando o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes, em privilégio ao princípio do consensualismo, conforme autoriza o artigo 481³⁰⁹ do Código Civil.

Com isso a lei deve abster-se de estabelecer solenidades, formas ou fórmulas, que conduzam ou qualifiquem o acordo, bastando por si para a definição do contrato, salvo, por exemplo, no casamento, cuja seriedade de efeitos exija a sua observância.

Nesse caminho, Orlando Gomes³¹⁰ pontifica:

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

Assim, o princípio do consensualismo pode ser considerado um simples acordo de duas ou mais vontades para que possa gerar o contrato válido, porém, alguns contratos, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei.

³⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1994, p.455

³⁰⁸ A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

³⁰⁹ Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

³¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 38

A propósito, o Tribunal do Estado de Tocantins assim decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO NÃO FORMALIZADO DEVIDO A SUSPOSTA IRREGULARIDADE NA MINUTA. PARTES RECONHECEM O NEGÓCIO JURÍDICO. PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO. 1. Diante da ausência de exigência de forma pelo legislador, para o aperfeiçoamento do contrato basta o acordo de vontade entre as partes, nos termos do art. 107 do Código Civil. Com efeito, reconhecido o negócio jurídico pelos contratantes, supostas irregularidades na minuta do contrato não elidem o cumprimento da obrigação, sob pena de violar o princípio da boa-fé contratual e gerar enriquecimento sem causa. Enunciado nº 362 da IV Jornada de Direito Civil. MULTA E PRAZO FIXADOS. RAZOABILIDADE. NÃO HÁ COMPROVAÇÃO FÁTICA DA DIFICULDADE EM CUMPRIR A OBRIGAÇÃO DE FAZER. 2. Em relação à multa aplicada (R\$ 1.000,00/dia), bem como sua limitação (R\$ 50.000,00), muito embora venha adotando o posicionamento de minorar alguns valores arbitrados na origem, por serem exorbitantes e não guardarem proporcionalidade com os autos, no caso vertente, entendo que o montante fixado naquele patamar pelo Juiz singular se mostra escorreito para assegurar o correto cumprimento do provimento jurisdicional. 3. Não há qualquer comprovação fática de dificuldade em cumprir a determinação de retirada da antena instalada no imóvel, no prazo determinado pelo juízo (15 dias), e sim meras alegações, as quais não elidem a obrigação de fazer. 4. Recurso conhecido e, no mérito, não provido. (AI 0003734-44.2014.827.0000, Rel. Des. HELVÉCIO MAIA, Rel. em substituição Juíza EDILENE PEREIRA DE AMORIM A. NATÁRIO, 4ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 03/02/2015). (TJ-TO - AI: 00037344420148270000, Relator: HELVECIO DE BRITO MAIA NETO)

No acórdão supracitado fica evidente o reconhecimento e aplicação do princípio do consensualismo, como forma de aperfeiçoamento do contrato.

Além disso, está diretamente ligado à formação do contrato que irá refletir, necessariamente, no direito das obrigações.

O direito das obrigações, por sua vez, tem por objeto determinadas relações jurídicas que alguns denominam direitos de créditos e outros chamam direitos pessoais ou obrigacionais, segundo o magistério de Carlos Roberto Gonçalves.³¹¹

Ainda na visão do doutrinador, o direito das obrigações consiste num complexo de normas que regem relações jurídicas de ordem patrimonial, que tem por objeto prestações de um sujeito em proveito do outro, pois disciplina as relações jurídicas de natureza pessoal, visto que seu conteúdo é a prestação patrimonial, ou

³¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, Ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p.17.

seja, a ação ou omissão do devedor tendo em vista o interesse do credor, que tem o direito de exigir o seu cumprimento, podendo movimentar a máquina judiciária, se necessário.

Assim, o contrato no campo dos direitos das obrigações associa-se a ideia de que se aplica a todas as ramificações do direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, seja qual for a sua modalidade ou sua eficácia.³¹² Pode ainda ser limitada ao campo do Direito Privado, designando-se por esse vocábulo o negócio jurídico bilateral que irá se apresentar em todas as partes do Direito Civil: no Direito das Obrigações, no Direito de Família, no Direito das Coisas e no Direito das Sucessões.

A partir deste conceito, podemos entender que o contrato, na acepção da palavra, é um negócio jurídico bilateral gerador de obrigações, ou seja, o instrumento formalizador dessas vontades.

Nesse sentido, ensina Maria Helena Diniz:³¹³

A doutrina das obrigações contratuais tem por escopo caracterizar o contrato, abrangendo nesse conceito todos os negócios resultantes de acordo de vontades, de modo a uniformizar sua feição e excluir, assim, quaisquer controvérsias, seja qual for o tipo de contrato, desde que se tenha acordo bilateral ou plurilateral de vontades.

Isto se dá porque os negócios jurídicos costumam ser distinguidos quanto à manifestação da vontade em unilaterais, se o ato de vontades provier de um ou de mais sujeitos, desde que estejam na mesma direção, colimando um único objetivo, subdividindo-se em receptícios, ou seja, se os efeitos só se produzirem após o conhecimento da declaração pelo destinatário, e não receptícios, pois sua efetivação independe do endereço a certo destinatário, bilaterais ou plurilaterais, se a declaração de vontades emanar de duas ou mais pessoas, porém dirigidas em sentido contrário, e sinalagmáticos, quando conferirem vantagens e ônus a ambos os sujeitos.

Portanto, assim como o princípio do consensualismo é importante na interpretação da autonomia da vontade, os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais constituem objeto de estudo da teoria das obrigações contratuais.

³¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 10

³¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , p. 29.

Nessa esteira, podemos afirmar que o direito das obrigações exerce grande influência na vida econômica, não somente na produção, envolvendo a aquisição de matéria-prima e, principalmente, na harmonização da relação capital-trabalho, consumo e na distribuição e circulação dos bens, como contratos de transporte, armazenagem, consignação, etc., em razão da frequência das relações jurídicas obrigacionais no mundo moderno consumerista.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves³¹⁴ compartilha de seu magistério:

É por meio das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico”. Ou seja, podemos afirmar que o direito das obrigações retrata a estrutura econômica da sociedade e compreende as relações jurídicas que constituem projeções da autonomia privada na esfera patrimonial.

A intensificação da vida econômica, provocada pelo desenvolvimento urbano e tecnológico, especialmente, no campo das comunicações, provocou um grande impacto nas relações humanas, exigindo regulamentação genérica e também específica, como o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990.

Ainda, o direito das obrigações tem como característica principal o direito de natureza pessoal, que resulte de um vínculo jurídico estabelecido entre o credor, como sujeito ativo, e, o devedor, na posição de sujeito passivo.

Assinala, a propósito, Saleilles:³¹⁵

Esta ideia, de tão sedutora, foi levada ao extremo, quando Siegel, no fim do século XIX, sustentou que a vontade individual, independentemente do contrato, ao lado deste, constitui fonte das obrigações. A vontade livre liga-se a si mesma, e gera a obrigação sem a intervenção de uma outra vontade.

Alvaro Villaça de Azevedo³¹⁶ pontifica que o direito das obrigações é um dos ramos do direito civil o que menos se torna sensível às mutações sociais, por ser universal e, portanto, menos sujeito a injunções locais. Assim, por exemplo, a compra e venda apresenta-se com as mesmas características gerais em qualquer país.

E suma, podemos entender que o direito das obrigações configura o exercício da autonomia da vontade, pois os indivíduos tem a ampla liberdade em externar a

³¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015 p.19.

³¹⁵ SALEILLES. Raymond. La Théorie Générale de L'Obligations, Demogue, vol I, 1914, p. 147.

³¹⁶ AZEVEDO, Alvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações.10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 24-25.

sua vontade, limitada apenas pela licitude do objeto, pela inexistência de vícios, pela moral, pelos bons costumes e pela ordem pública.

4.4 O PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA NOS CONTRATOS

O princípio da força obrigatória nos contratos está diretamente ligado ao princípio da autonomia da vontade, que também é de vital importância na formação dos contratos, pois consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes, em privilégio cumprimento do princípio do (*pacta sunt servanda*), sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente.

Rafael Mancebo leciona:³¹⁷

Temos que as particularidades na relação entre tais princípios se dão porque o consensualismo evidencia a imperatividade do acordo como fonte jurídica, ao passo que a obrigatoriedade prevalece o contrato como motivo jurídico autorizante à exigência de seu adimplemento e nestes sentidos bivalentes entre norma e acordo, tais princípios se complementam como mútuos interpretantes.

No dizer de Stiglitz,³¹⁸ significa que cada contratante se encontra ligado pelo contrato como o seria se a obrigação fosse imposta pela lei. As partes devem aceitar a lei do contrato, assim como estão obrigadas a respeitar a lei propriamente dita.

Isto é assim, segundo o magistério de Maria Helena Diniz,³¹⁹ porque o contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito, autorizando, portanto, o contratante pedir a intervenção estatal para assegurar a execução da obrigação porventura não cumprida segundo a vontade que a constituiu.

Caio Mário,³²⁰ em sua doutrina, ensina que o princípio da força obrigatória do contrato, significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada, ou seja, a ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências.

³¹⁷ MANCEBO, Rafael Chagas. *A Função Social do Contrato*. São Paulo. Quartier Ltain, 2005, p. 62-63

³¹⁸ STIGLITZ, Rubén. *Contratos civiles y comerciales. Parte general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. P. 521

³¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , p. 48

³²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito CIVIL. Vol III - Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 14

O princípio da força obrigatória dos contratos, conforme depreende Carlos Roberto Gonçalves de seus ensinamentos,³²¹ tem por fundamentos:

- a) a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúria e o caos;
- b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterados nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral.

O professor Nelson Nery Junior,³²² por sua vez, leciona que o princípio da conservação dos contratos, ante a nova realidade legal, deve ser interpretado no sentido de sua manutenção e continuidade de execução, observadas as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Falar-se em *pacta sunt servanda*, com a conformação e o perfil que lhe foram dados pelo liberalismo dos séculos XVIII e XIX, é, no mínimo, desconhecer tudo o que ocorreu no mundo, do ponto de vista social, político, econômico e jurídico nos últimos duzentos anos.

No caso de descumprimento do vínculo obrigacional, ou seja, ocorrendo o inadimplemento conferirá à parte lesada o direito de fazer uso dos instrumentos necessários perante o judiciário para obrigar a outra parte a cumprir ou indenizar pelas perdas e danos, sob pena de execução patrimonial, conforme autoriza o artigo 389 do Código Civil.

Nesse contexto, podemos afirmar que a força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que, sem dúvida, reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece e possibilita ao Estado-Juiz, no caso concreto, identificar o causador do dano.

Nesse sentido, o STJ já se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. INCIDÊNCIA DO CDC. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INVIABILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS

³²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015 p.49.

³²² NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais. In: O novo Código Civil: em homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord.de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Inves Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003, p.424

DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do pacta sunt servanda. Precedentes. 2. "A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC". (REsp nº 1.058.114/RS e REsp nº 1.063.343/RS, Segunda Seção, Rel. p/ acórdão o Min. João Otávio de Noronha, DJe de 16/11/2010). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1422547 RS 2013/0397031-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 20/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2014).

No julgado acima transcrito o STJ entendeu que em determinadas situações extraordinárias à vida do consumidor é possível a relativização do princípio do pacta sunt servanda.

De outra banda, o princípio da força obrigatória do contrato, passou-se a aceitar, em caráter excepcional, como ensina Orlando Gomes,³²³ admitindo a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos contratos. Admitindo-se exceções ao princípio da intangibilidade, como justificativa às chamadas cláusulas *rebus sic stantibus*, também denominada a teoria da imprevisão que será estudada mais adiante.

Antônio Jeová Santos³²⁴ pondera que tendo as partes manifestado a vontade livremente, o juiz não pode deixar de aplicar as regras da autonomia, mesmo que sejam contrárias à equidade.

Ou seja, em determinadas circunstâncias, a força obrigatória dos contratos pode ser contida pela autoridade do juiz no conteúdo e certos contratos, para corrigir os seus rigores ante o desequilíbrio de prestações, como por exemplo, a falta de informações acerca dos juros aplicados, das cláusulas leoninas, em prejuízo aos consumidores que, neste caso, defendemos a intervenção do Estado-Juiz para equilibrar o vínculo obrigacional, por exemplo, nas contratações via online.

³²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 40

³²⁴ SANTOS, Antônio Jeová. *Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Método, 2002, p.70

A seguir, retomaremos o estudo do princípio da boa-fé, uma vez que já tratamos de sua importância quando estudamos os princípios protetores dos contratos nas relações de consumo no capítulo anterior e que também reforça sua importância no estudo do princípio da autonomia da vontade.

4.5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O estudo do princípio da boa-fé foi tratado no capítulo anterior, desta tese, quando analisamos os princípios da tutela contratual no Código de Defesa do Consumidor e volta a ter relevância, neste capítulo, para se compreender a autonomia da vontade.

A palavra boa-fé, numa acepção genérica, derivada de sua própria etimologia, *bona fides*,³²⁵ a *fides* seria a honestidade, a confiança, a lealdade, a sinceridade que deve ser usada pelos homens em suas relações internegociais.

As legislações estrangeiras conhecem e consagram essas ideias superiores de moralidade.

O Código Civil Francês, no artigo 1134, tratou do tema:

Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que e leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.³²⁶

O Código Civil Italiano, no artigo 1375, por sua vez, em sua parte dispositiva, tratou do tema:

Art. 1375. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337,1358,1366, 1460).³²⁷

Rafael Mancebo³²⁸ pontifica que a polarização entre boa-fé e ética permeia todo o Código Civil e este tema é dificultoso pela proximidade do que se entenda por ética e boa-fé, que requerem pormenorizações em suas acepções.

³²⁵ RODRIGUES. Silvio. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. São Paulo, 2004. v.3, p.61 apud Caio Mário da Silva Pereira, Boa-fé, in Enciclopédia Saraiva do Direito.

³²⁶ As convenções legalmente formadas no lugar da lei para aqueles que o fizeram. Elas só podem ser revogadas, o consentimento é mútuo, ou para causas autorizadas por lei. Elas devem ser realizadas de boa-fé. (tradução do autor).

³²⁷ <<http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-italia/articulo-1375.php>> Acesso em 12.dez .2017

³²⁸ MANCEBO, Rafael Chagas. A Função Social do Contrato. São Paulo. Quartier Ltain, 2005, p. 64

Nas palavras do doutrinador, em primeiro momento, a boa-fé encontra sentido subjetivo, pelo qual é presumida a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção na prática do contrato.

Maria Helena Diniz,³²⁹ em seu magistério, ao discorrer sobre o princípio da boa-fé objetiva, entende que intimamente ligado não só à interpretação do contrato, pois, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter) denodo e confiança recíprocas, isto é, proceder de boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas.

O princípio da boa-fé, como outros, por exemplo, o princípio da informação, é importante para a concretização do futuro vínculo contratual. Uma vez violados merecem tutela, como ocorre nos contratos eletrônicos, onde o consumidor se vê acuado, já que lhe mitigaram o direito de informação sobre o produto ou serviço.

Já para Orlando Gomes,³³⁰ o princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível.

Por sua vez, Caio Mário³³¹ pondera:

[...] a maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula geral. O Código Civil de 2002 preencheu essa lacuna ao dispor o artigo 422, porém esqueceu o legislador de incluir expressamente no disposto do artigo 422 os períodos pré e pós-contratual, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida.

³²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , pp. 51-53

³³⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 43

³³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 21.

Nesse ponto, concordamos com o doutrinador, na medida em que o princípio da boa-fé, embora seja consagrado em norma infraconstitucional, incide diretamente sobre todas as relações jurídicas na sociedade.

Carlos Roberto Gonçalves³³² ensina que o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem alega.

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa³³³ entende que o princípio da boa-fé estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.

O princípio da boa-fé é considerado como um paradigma e obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, não só nas relações de consumo, como defende Cláudia Lima Marques³³⁴, além de ser considerado um limitador da autonomia da vontade.

Nesse caminho, Wieacker pontifica:³³⁵

Efetivamente, o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3 na concreção e interpretação dos contratos.

Nesse ponto, o aspecto limitador do princípio da boa-fé nas relações contratuais, é de suma importância, na medida em que se busca a redução da liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas consideradas como abusivas buscando mitigar os riscos.

Em outras palavras, liberar os contratantes de cumprir seus deveres gerais de conduta significaria dizer que na relação contratual os indivíduos estão autorizados a agir com má-fé, ou seja, a desrespeitar os direitos do parceiro contratual.

³³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015 p.54.

³³³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 411.

³³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais - 6ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 214

³³⁵ WIEACKER, Franz. *El principio general dela buena fé*. Madri: Civitas, 1977. p.11

Neste sentido, oportuna é a decisão proferida pelo STJ:

Ementa:

“Plano de saúde – Limite temporal de internação – Cláusula abusiva”

1.É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde.

2.O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em sua determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

3. Recurso Especial conhecido e provido

Recurso Especial nº 158.728 – RJ – julgamento: 16.03.1999 – Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Pela análise do venerando acórdão, percebemos que a relação contratual não libera os contratantes de seus deveres de agir, conforme a boa-fé e os bons costumes, ao contrário, o vínculo contratual os impõe e deve ser respeitado.

O Tribunal do Distrito Federal se pronunciou:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA SATISFATIVA. PROPORCIONALIDADE ENTRE O DANO INVOCADO PELO AUTOR E O DANO QUE PODERÁ SUPORTAR O RÉU. PLANO DE SAÚDE. BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. BEM MAIOR: DIREITO À VIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na análise concreta e minudente, em sede de agravo de instrumento, não deve o magistrado limitar-se a examinar a fumaça do bom direito e o perigo da demora, mas, ainda, uma análise acurada sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo autor e o dano que poderá suportar o réu, mormente avaliando a probabilidade de irreversibilidade da medida.

2. Em observância ao princípio da boa-fé objetiva, em consonância com o artigo o art. 4º, inciso III, e art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, e ainda em harmonia com o art. 170 da Constituição Federal, deve haver equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, extirpando do ordenamento contratual qualquer obrigação que seja abusiva ou desproporcional.

3. A cobertura obrigatória do plano de saúde, in casu, não decorre apenas da disposição específica da Lei nº 9.656/98, mas especialmente pela observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque, tal como ensina Ronald Dworkin, "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer".

4. O bem jurídico objeto do contrato firmado entre as partes é salvaguardar, em última análise, o direito à vida, que é o primeiro cuja inviolabilidade é garantida, nos termos do disposto no art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil.

5. Recurso conhecido e desprovido.

(Processo AGI 20150020244853. Órgão Julgador - 5ª Turma Cível. Publicado no DJE : 23/02/2016 . Julgamento 3 de Fevereiro de 2016 –Relator(a): SILVA LEMOS)

Denota-se pela análise do acórdão transcrito que além de ratificar a aplicação do princípio da boa-fé nas relações de consumo, o tribunal se posiciona quanto à necessidade da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo a vida como bem jurídico a ser protegido.

De modo oportuno, convém mencionarmos o Projeto de Lei nº 276/2007, atual 699/2011, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, que atualmente encontra-se aguardando comissão temporária pela mesa da Câmara dos Deputados Federais,³³⁶ propõe, outrossim, a alteração do dispositivo do artigo 422 do Código Civil.

A proposta de alteração do dispositivo do artigo 422 do Código Civil apresentada na Câmara dos Deputados Federais, pelo Projeto de Lei nº 699/2011, entendemos que veio suprir uma lacuna quanto ao direito dos contratantes em guardar tanto nas negociações pré e pós contratação, o princípio da probidade e boa-fé, uma vez que ainda é recorrente as discussões, a respeito do tema, tanto nos tribunais, como na doutrina. É o que se depreende da redação apresentada pelo Projeto de Lei 699/2011:³³⁷

Os contratantes são obrigados a guardar, tanto nas negociações preliminares e conclusão do contrato como na sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resultar da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

O Código Civil brasileiro abordou o princípio da boa-fé apenas em sua forma subjetiva, conforme autoriza o artigo 422 e não objetiva, como o fez o CDC.

³³⁶ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>>- acesso em 12.mai.2017.

³³⁷ <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/862095.pdf>>- Acesso em 12 dez. 2017

Como visto, a boa-fé tanto na forma de conduta subjetiva ou psicológica, como a norma de comportamento objetiva, está fundada na honestidade, retidão, lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio jurídico.

4.6 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Da mesma forma que o estudo do princípio da boa-fé, o princípio da função social do contrato foi tratado no capítulo anterior, desta tese, quando analisamos os princípios da tutela contratual no código de defesa do consumidor, pois ambos têm relevância para se compreender o princípio da autonomia da vontade, como se verá a seguir.

Nas palavras de Waldírio Bulgarelli³³⁸, a boa-fé objetiva e a função social do contrato são como salvaguarda das injunções do jogo do poder negocial.

Os valores morais e sociais como imperativos ao bom funcionamento do mercado, gradativamente vão se reconhecendo e incorporando ao contrato.

O indivíduo passa a ser visto não somente como membro de um corpo social e não mais isoladamente, e, por consequência, impõe-se, frise-se, a responsabilização não apenas da sociedade, mas do próprio indivíduo pela existência social e pelo bem-estar dos outros.³³⁹

A função social do contrato é o princípio jurídico que se volta para o sentido social no acordo de vontades, o que amplia ponderações entre a autonomia privada e os mencionados valores que agora norteiam a vida civil, expressos pelos citados princípios da justiça social, da socialidade, da operabilidade e da eticidade.³⁴⁰

Miguel Reale³⁴¹ pontifica que estes três princípios são fundamentais para se compreender a função social do contrato, sendo que quando se fala da eticidade põe em relevo a superação do apego ao formalismo jurídico, ao passo que a operabilidade é entendida como o estabelecimento de soluções normativas visando

³³⁸ BULGARELLI, Waldírio. Direito empresarial moderno. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 99

³³⁹ CARLI, Vilma Maria Inocencio. Teoria e Direitos das Obrigações Contratuais, Campinas- SP – Ed. Bookseller, 2005, p. 328 *apud* Heloisa Carpena. Abuso de Direito, pp. 28-29.

³⁴⁰ MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 77

³⁴¹ REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil. 2. Ed. Reformulada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9

à facilitação da interpretação e aplicação pelo operador do direito e, por sua vez, a sociabilidade, no sentido de superar o manifesto caráter individualista, quando da elaboração do contrato.

Neste contexto, procura-se compreender o contrato privado, frente às presentes contingências sociais que demandam a reestruturação de lógica para a adequação entre ordenamento jurídico e o mundo comum, razão suficiente para simplificar ideias e adotar conceituações mais nucleares de contrato, como um acordo de vontades que tem por fim criar, modifica ou extinguir um direito.

No campo prático, com a proliferação dos contratos de massa, especialmente dos contratos de adesão, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção, em liberdade de um e opressão do outro, assim como a esperada livre concorrência não foi suficiente para conduzir a resultados aceitáveis.³⁴²

Nos contratos eletrônicos, por exemplo, a liberdade de contratar hodiernamente evidencia uma ficção, como defende Hippel, na medida em que a contratação já é de risco, o que dirá da obediência aos princípios da boa-fé, bem como da informação?

Nesse cenário, a concentração das empresas e os monopólios estatais ou privados, reduziram a liberdade de escolha do parceiro, nos caos de serviços imprescindíveis, como água, luz e transporte.

O dirigismo contratual passa dominar, ou seja, o conteúdo de muitos contratos será ditado, regulamentado e autorizado pelo poder estatal.

Nesse momento, o Estado passa a intervir nas relações contratuais privadas para, não somente conferir a concretude ao princípio da igualdade, senão também, para organizar o próprio mercado, passando então do voluntarismo ao dirigismo contratual, estudo que será retomado no capítulo 5, desta tese.

O tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, apreciando a matéria se posicionou:

DIREITO DO CONSUMIDOR. BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. PURGA DA MORA APENAS PELAS PARCELAS VENCIDAS. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. Afigura-se ajurídico a resolução direta do contrato diante do adimplemento substancial do contrato, devendo ser admitido nesses casos, a purga da mora pelas parcelas vencidas, a fim de preservar, de um lado, a função social do contrato e, de outro, o direito de crédito da instituição financeira.

³⁴² HIPPEL. Eike von. Defesa do Consumidor. Boletim do Ministério da Justiça nº 273, 1978, pp. 5-37.

(Processo AGR 3757379 - PE - Órgão Julgador - 1ª Câmara de Caruaru - 1ª Turma. Publicado no DJE : 21/08/2015 . Julgamento 13 de Maio de 2015 –Relator(a): Carlos Frederigo Gonçalves de Moraes

No acórdão em voga o Tribunal de Pernambuco admitiu a possibilidade do consumidor em purgar a mora com o intuito de preservar o princípio da função social do contrato, como medida de equilíbrio e razoabilidade no caso concreto.

Nessa esteira, Eros Grau³⁴³ pontifica:

[.....]os contratos se transformaram em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contém nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles opostos.

Por essa nova perspectiva surge a função social do contrato como elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo de contratar, caracterizando-se os direitos e deveres daí decorrentes como encargos ínsitos ao próprio contrato e passa a orientar e determinar a limitação da autonomia da liberdade de contratar de modo positivo, como um limite interno ao princípio da autonomia da vontade..

Heloisa Carpena³⁴⁴discorrendo sobre o tema ensina:

Chega-se então à concepção de autonomia como poder-unção. A vontade deixa de estar apenas voltada para os fins individuais do titular, para assumir uma função social. A liberdade – e assim a vontade do indivíduo – remanesce, mas vai encontrar seus limites no interesse que extrapola o individual. Fala-se aqui da funcionalização do contrato.

A função social do contrato impõe aos contratantes o dever de exercer a liberdade de contratar não só em benefício próprio ou de outrem como também de não exercê-lo em prejuízo de outrem.

Isto significa que a função social do contrato atua como fonte impositiva de comportamentos positivos pautados pela finalidade social.³⁴⁵ Desta forma, a função social do contrato opera não somente através de imposições negativas do tipo não fazer ou deixar de fazer, obstativas do uso antissocial do contrato, mas, e, principalmente, pela boa-fé objetiva, que estudamos no capítulo anterior.

³⁴³ GRAU. Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988. 13ª ed. – Ed. Malheiros, 2009 – p.84

³⁴⁴ CARPENA. Heloisa. Abuso de Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2003, p. 30.

³⁴⁵ CARLI. Vilma Maria Inocencio. Teoria e Direitos das Obrigações Contratuais, Campinas- SP – Ed. Bookseller, 2005, p. 330.

A função social do contrato é disposta como razão de exercício e limite da liberdade de contratar, conforme autoriza o dispositivo do artigo 421 do Código Civil.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Do estudo do dispositivo legal, depreende-se que a liberdade contratual será exercida em razão da função social do contrato, que poderá ser entendida como causa, meio ou fim do exercício da liberdade de contratar. Logo, a boa compreensão sobre a função social do contrato possibilita a aproximação do ordenamento jurídico à sociedade que lhe dá sustento.

Para evidenciar a importância da função social nos contratos, na III jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos, ocorrida em 03.11.2005, aprovou o enunciado especificando a frustração do fim do contrato como hipótese de aplicação do princípio da função social:

166 – Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.

Orlando Gomes,³⁴⁶ discorrendo sobre o assunto, ensina: “*a grande vantagem da explicação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto no momento inicial do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada*”.

Assim, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob a égide de um interesse social. Nesse sentido, o Código aponta para a liberdade de contratar sob o freio da função social.

Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual,³⁴⁷ que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis.

A função social do contrato, com seus balizamentos próprios, procura evitar a imposição das cláusulas danosas aos contraentes indefesos. Afora algumas vantagens temporárias, o que se extrai do contrato nunca é vantajoso para o contratante débil, mas resulta extremamente lucrativo para o soberbo industrial.³⁴⁸

³⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 51

³⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, vol.2, 14ª ed., 2014 – São Paulo – Atlas, p. 413.

³⁴⁸ SANTOS. Antônio Jeová. *Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Ed. Método, 2002, p.129.

Além disso, todo o contrato tem uma função econômica, que é, afinal, a sua causa, ou seja, a vida econômica do contrato desdobra-se através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses.

Considerada a variedade de funções econômicas³⁴⁹ que desempenham, os contratos classificam-se em:

- a) para promover a circulação de riqueza
- b) de colaboração
- c) para prevenção de risco
- d) de conservação e acautelatórios
- e) para prevenir ou dirimir uma controvérsia
- f) para a concessão de crédito
- g) constitutivos reais de gozo, ou de garantia.

E pondera Orlando Gomes:³⁵⁰

É mediante um desses contratos que se desfaz de um bem por dinheiro ou permuta de outro bem, que trabalha para receber salário, que coopera com outrem a obter uma vantagem pecuniária; que os outros se associa para realizar determinado empreendimento, que previne risco, que põe em custódia coisas e valores, que obtém dinheiro alheio, em suma, que participa da vida econômica.

O modelo da synalagma serve como base para esta visão econômica do contrato, a qual reafirmará ser este precipuamente um instrumento de troca do inútil pelo útil, visando à realização dos interesses individuais daqueles que contrataram.³⁵¹

Nelson Nery destaca que:³⁵²

A função mais importante destacada do contrato é a econômica, isto é, de propiciar a circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro. Essa liberdade parcial de contratar, com o objetivo de fazer circular riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso fala-se em fins econômico-sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia.

³⁴⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 22

³⁵⁰ Idem

³⁵¹ POUGHON, Jean Michel. *Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat*. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique* 12, pp. 47-58.

³⁵² NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT: 5ª ed. 2007, p. 476

Em suma, a função econômica do contrato é de grande importância, haja vista que sua disciplina jurídica constitui a imagem do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade.

O grande desafio é a missão árdua estreimar ou tornar simples a convivência entre a segurança e a certeza jurídica e os critérios, as pautas que sugerem a função social do contrato, ao lidar com a onerosidade excessiva superveniente e a modificação ou anulação do contrato, em decorrência do aproveitamento de um estado de necessidade comum ao estado de perigo, como se passará à análise do tópico seguinte.

4.7 O PRINCÍPIO DA REVISÃO DOS CONTRATOS – A TEORIA DA IMPREVISÃO

Em oposição ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, uma vez que se permite aos contratantes recorrerem ao Judiciário, para obterem alteração do vínculo obrigacional firmado entre as partes, em razão de um fato superveniente, muito diverso do que existia no momento da celebração do contrato, onerando excessivamente o devedor, se insere a teoria da imprevisão.

Este fato superveniente deu nome à teoria de nome *rebus sic stantibus* que consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato, segundo os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves.³⁵³

A teoria foi adaptada com o nome de teoria da imprevisão, difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca,³⁵⁴ que consiste na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes se torna exageradamente onerosa – o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.³⁵⁵

³⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015 p.51.

³⁵⁴ MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. Caso fortuito e teoria da imprevisão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.20-21.

³⁵⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.72

Fabiana Barletta pontifica:³⁵⁶

As teorias que se apoiam na ideia de que a ocorrência de acontecimentos imprevisíveis não se coaduna com a vontade das partes presente no momento da contratação e, tornando a prestação anteriormente pactuada excessivamente onerosa, levaria a parte prejudicada a buscar a resolução ou a revisão do contrato, são teorias com fulcro na ideia de imprevisão. A imprevisibilidade das circunstâncias que surgem no momento da execução do contrato é que vai dar ensejo à sua resolução ou revisão.

No magistério de Ruy Rosado,³⁵⁷ a resolução por onerosidade excessiva tem a característica de poder ser utilizada por ambas as partes, seja pelo devedor, seja pelo credor. A ação de resolução por inadimplemento contratual parte do pressuposto de que o credor já perdeu o interesse pelo adimplemento, enquanto na onerosidade excessiva esse interesse ainda pode existir, tanto que é permitida a simples modificação do contrato.

Antônio Jeová Santos³⁵⁸ define a teoria da imprevisão ou a denominada cláusula *rebus sic stantibus* como a cláusula que as partes se obrigam ao contrato pactuado sem vícios da vontade, desde que entre o momento de sua celebração e a data de sua execução não tenham acontecidos fatos de gravidade que alterem a situação existente quando o contrato foi concluído.

Ainda nas palavras do doutrinador, se o fato for capaz de provocar circunstância que possa levar o prejudicado à ruína econômica, passando o contrato a servir como instrumento de iniquidade - pois uma das partes sofre forte prejuízo em razão do desequilíbrio que trouxe o fato superveniente, enquanto a outra parte tem lucro injustificado -, razões de justiça comutativa mostram que o Poder Judiciário deve intervir para efetuar a revisão ou resolução do contrato, deixando de lado o dogma *do pacta sunt servanda*.

O Código Civil de 2002 dedicou uma seção composta de três artigos, 478, 479, 480 e destacou ao artigo 478 em sua redação a resolução dos contratos por onerosidade excessiva:

³⁵⁶ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no código de defesa do consumidor sob a perspectiva civil-constitucional, p. 83 < www.egov.ufsc.br > Acesso em: 14 de jan. 2018

³⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. – Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 154.

³⁵⁸ SANTOS. Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Ed. Método, 2002, p. 213

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O dispositivo legal, ora analisado, além de exigir que o acontecimento seja extraordinário, imprevisível e excessivamente oneroso para uma das partes, insere mais um requisito: a extrema vantagem para a outra parte, o que limita ainda mais o âmbito de abrangência da cláusula. Nesse ponto, criticamos a redação do dispositivo, bem como ao fato de não priorizar a conservação do contrato pela revisão.

Explicamos. A teoria da imprevisão deveria representar, em princípio, pressuposto necessário da revisão contratual e não de resolução do contrato, ficando esta última como exceção. É o que corrobora Regina Beatriz Tavares da Silva:³⁵⁹

[.....]

com acuidade, que a parte sofre o desequilíbrio do contrato deseja cumprir as suas obrigações e não extingui-las, não conseguindo fazê-lo sem graves prejuízos em sua economia privada. Dessa forma, solução mais acertada deverá ser a de facultar à parte, prejudicada pela alteração no equilíbrio do contrato, o pedido das respectivas prestações e à parte contrária a proposição de resolução contratual, por não lhe interessar, ou melhor, por lhe causar prejuízos a modificação no cumprimento das obrigações, cabendo ao órgão julgador optar pela decisão mais justa e equitativa.

Tal dispositivo legal foi inspirado no artigo 1467 do Código Civil Italiano:

Art. 1467(Contratto con prestazione corrispettiva) Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall' art. 1458).³⁶⁰

³⁵⁹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão – revisão contratual. Belém: CEJUP, 1989.p. 83.

³⁶⁰ Art. 1467. Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou então de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá a parte, que deve tais prestações, pedir a resolução do contrato com os efeitos estabelecidos no artigo 1458. (tradução do autor).

Por sua vez, o Código Civil Argentino,³⁶¹ em redação não original, que foi incorporado àquele diploma legal, dispõe no artigo 1198:

Art.1198.- “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.³⁶² (grifo do autor)

Aliás, a segunda parte do artigo 1198 do Código Civil Argentino é expressa em descrever, com minúcias, os contratos atingidos pelo princípio da imprevisibilidade em razão da onerosidade excessiva que recaiu sobre as parcelas do vínculo obrigacional.

Além disso, contribui para melhor elucidação do tema, o artigo 437 do Código Civil Português, segundo o qual dispõe: *“tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”*.³⁶³

A interpretação dada ao artigo 437 do Código Português, pelo legislador, afigura-se eficiente, mencionando-se que o demandado pode se opor à pretensão, aceitando a modificação do contrato.

Ainda no magistério de Rui Rosado,³⁶⁴ podemos compreender que, em regra, os fatos extraordinários e imprevisíveis tornam inviável a prestação para ambas as partes, sem que isso decorra vantagem a uma delas, como sucede com guerra, revoluções e planos econômicos.

³⁶¹ <www.oas.org/dil/esp/Codigo Civil de la Republica Argentina>. Acesso em: 12.mai.2107

³⁶² “Nos contratos bilaterais comutativos e nos aleatórios onerosos de execução diferida ou continuada, se a prestação a cargo de uma das partes se tornou excessivamente onerosa, por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderá demandar a resolução do contrato. O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produza por causas estranhas ao risco próprio do contrato”. (tradução livre o autor).

³⁶³ <<http://bdjur.almedina.net>>- Código Civil - LIVRO II - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - TÍTULO I - Das obrigações em geral .CAPÍTULO II - Fontes das obrigações ,SECÇÃO I – Contratos SUBSECÇÃO VII - Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Acesso em: 07.mai.2017.

³⁶⁴ AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. – Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 152.

Portanto, o requisito da extrema vantagem para o outro contraente, é, efetivamente, inadequado para a caracterização da onerosidade, que existe sempre que o efeito do fato novo pesar demais sobre um, pouco importando que isso decorra ou não vantagem ao outro.

Ainda não podemos olvidar que o Código Civil destaca que nos artigos 620 e 625 trazem em seus dispositivos a análise do princípio da Imprevisão no contrato de empreitada, bem como no artigo 317, que estabelece uma autêntica cláusula tácita de correção do valor das prestações contratuais ou de escala móvel, na hipótese do silêncio do contrato a esse respeito.

De modo oportuno, convém mencionarmos o Projeto de Lei nº 276/2007, atual 699/2011, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, que atualmente encontra-se aguardando comissão temporária pela mesa da Câmara dos Deputados Federais,³⁶⁵ propõe a alteração de diversos dispositivos do Código Civil, entre eles, quando sobrevier o fato superveniente e que dificulte à parte o cumprimento da obrigação, poderá o juiz corrigir o contrato, conforme dispõe o artigo 317 do Código Civil:

Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Pelo o que se depreende da redação do artigo 317 do diploma legal, a desproporção manifestada tanto pode ocorrer em prejuízo do credor como do devedor.

Para dirimir tal questão, o Projeto de Lei 699/2011 editou os artigos 472, §§ 1º a 3º, 473, 474 e 475:

Art. 472. Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato. § 1º Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto. § 2º Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias. § 3º Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros.

³⁶⁵ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>>- acesso em: 12.mai.2017.

Art. 473. Nos contratos com obrigações unilaterais aplica-se o disposto no artigo anterior, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para redução das prestações ou alteração do modo de executá-las, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Art. 474. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato.

Art. 475. Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais.

Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação.

Da análise do Projeto de Lei 699/2011, denota-se que pretende modificar o Código Civil, dispondo que, nos contratos de execução sucessiva, por exemplo, havendo onerosidade excessiva das prestações, oriunda de acontecimento extraordinário e alheio aos contratantes à época da celebração contratual, o lesado poderá pedir revisão contratual, se aquela desproporção exceder os riscos normais do contrato.

Permitirá ainda o Projeto de Lei que a parte venha a deduzir em juízo pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando ao órgão judicante a averiguação do que seria mais justo no caso concreto.

Maria Helena Diniz,³⁶⁶ comentando o Projeto de Lei 699/2011, pontifica:

Contudo, a cláusula rebus sic stantibus é uma ressalva ao princípio da imutabilidade dos contratos, de aplicação excepcional e restrita. A força vinculante dos contratos somente poderá ser contida pela autoridade judicial em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação, requerendo a alteração do conteúdo da avença, a fim de que se restaure o equilíbrio entre os contraentes.

Denota-se da análise dos dispositivos legais, apresentados no Projeto de Lei, que ainda o fato superveniente continuará sendo o fator fundamental para que a parte prejudicada, no caso de contrato de execução sucessiva, possa requerer a revisão contratual, uma vez que as parcelas tornaram-se desproporcionais ou excessivamente onerosas em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual.

³⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 30ª ed., 2014 – São Paulo, Saraiva , p. 49

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, prevê duas formas de onerosidade excessiva, ou seja, (i) a que sobrevém ao contrato celebrado e (ii) a que surge no momento da celebração.

A primeira, onerosidade excessiva superveniente, está prevista no artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(.....)

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

A segunda, onerosidade excessiva que surge no momento da celebração do contrato ou concomitante, está prevista no artigo 51, § 1º, inciso III, do CDC, *in verbis*:

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

(.....)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

(.....)

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Denota-se que ambas as formas de onerosidade constata-se que diferentemente do previsto nos dispositivos legais do Código Civil, o Código de Proteção do Consumidor não exige a imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato para que a prestação se transforme em excessivamente onerosa. Portanto, a teoria da imprevisão não tem aplicação nas relações decorrentes do consumo.

Neste contexto, pontifica Antônio Jeová Santos:³⁶⁷

A onerosidade excessiva como disciplinado no art. 6º do inciso V do Código de Defesa do Consumidor se apresenta adequada para decotar o desequilíbrio que possa haver nas prestações contratadas.

Mukai³⁶⁸ comentando o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor ensina:

(.....)

Comete despropósito na asseveração de que o inciso V impõe modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Esta disposição nem

³⁶⁷ SANTOS. Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Ed. Método, 2002, p. 284

³⁶⁸ MUKAI, Toshio. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16

necessitaria constar da Lei, tal s impossibilidade jurídica de sua estatuição, em face do disposto no inciso II.

Neste cenário, Nelson Nery³⁶⁹ entende que a imprevisibilidade e a extraordinariedade dos fatos supervenientes que ensejam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* à luz do artigo 6º, V, do CDC, devem ser aferidas objetivamente em relação ao consumidor.

Oportuna é a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que enfrentou a questão, em sede de recurso de apelação, quando se analisou a revisão de cláusulas contratuais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO - DESCUMPRIMENTO, PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, DA ORDEM JUDICIAL QUE DETERMINOU A EXIBIÇÃO DO INSTRUMENTO - APLICAÇÃO, PELA SENTENÇA, DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 359, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AO FUNDAMENTO DE SER DESCABIDA A REVISÃO DE CLÁUSULAS PREVIAMENTE AJUSTADAS ENTRE AS PARTES - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - EXEGESE DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI N. 8.078/90 E SÚMULA 297 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS PACTUADAS - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE - MITIGAÇÃO - CONTRATOS DE ADESÃO - AFRONTA AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - INEXISTÊNCIA - TESE PREJUDICIAL AFASTADA. A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297 do STJ), que se enquadram na definição de fornecedor de produtos e serviços (art. 3º), enquanto a parte contratante, na enunciação de consumidor (art. 2º). Estando a relação negocial salvaguardada pelos ditames da legislação consumerista, mitiga-se a aplicabilidade do princípio do pacta sunt servanda obstando a viabilidade de revisão dos termos pactuados, uma vez que a alteração das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou até mesmo as que se tornem excessivamente onerosas em decorrência de fato superveniente à assinatura do instrumento, configura direito básico do consumidor, nos moldes do inc. V do art. 6º da Lei n. 8.078/90. JUROS REMUNERATÓRIOS, CAPITALIZAÇÃO E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DE EXIBIÇÃO DO AJUSTE - ARRENDAMENTO MERCANTIL - POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA APENAS SE, PREVISTOS JUROS REMUNERATÓRIOS, OS DEMAIS IMPORTES IGUALMENTE ESTIVEREM EXPRESSAMENTE PACTUADOS OU CONFESSADA SUA COBRANÇA - SENTENÇA QUE LIMITOU OS JUROS À TAXA MÉDIA DE MERCADO - AUSÊNCIA DE RECURSO DA PARTE INTERESSADA A ENSEJAR A MANUTENÇÃO DO COMANDO,

³⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 521-522.

SOB PENA DE REFORMATIO IN PEJUS - MANTIDO O PRONUNCI
[...]
(TJ-SC - AC: 20110538754 SC 2011.053875-4 (Acórdão), Relator:
Robson Luz Varella, Data de Julgamento: 10/09/2012, Segunda
Câmara de Direito Comercial Julgado).

Depreende-se da análise do acórdão transcrito que é um direito do consumidor buscar a revisão das cláusulas contratuais quando estas se tornarem onerosas em decorrência de fato superveniente à assinatura do contrato.

O STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 268.661-RJ, ao tratar o tema, decidiu:

LEASING. REAJUSTE. VARIAÇÃO CAMBIAL. ONEROSIDADE EXCESSIVA.

O contrato de *leasing* de veículo nacional em questão foi realizado em fevereiro de 1998 e estabelecia o reajuste das parcelas pela variação do dólar. Com a posterior desvalorização do real, o valor das prestações aumentou e o arrendatário, ora recorrido, ajuizou ação ordinária buscando a substituição do índice de correção. Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do REsp, ao fundamento de que, considerando o momento em que a obrigação foi contraída, *in casu*, houve fato superveniente que tornou a cláusula da paridade cambial excessivamente onerosa ao arrendatário consumidor, a justificar sua revisão (art. 6º do CDC), devendo-se trocar tal reajuste por outro índice, como fez o Tribunal a quo ao aplicar o INPC. Ressaltou-se que não se pode examinar a aplicação do aludido dispositivo fora do caso concreto, bem como que esta proteção diz respeito tão-somente ao consumidor, considerado parte vulnerável pelo CDC. A divergência do voto vencido restringia-se ao fundamento de que a onerosidade superveniente não poderia ser afastada sem grave lesão à arrendadora, impondo-se solução de equidade pela qual as diferenças resultantes da desvalorização seriam suportadas concorrentemente pelas partes, à razão da metade. Precedentes citados: REsp 164.765-RJ, DJ 2/10/2000, e REsp 119.773-RS, DJ 15/3/1999. REsp 268.661-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 2/8/2001.

Da análise do voto proferido pela ministra Nancy Andrighi no referido acórdão depreende-se que a aplicabilidade do artigo 6º, inciso V, do CDC, dependerá apenas da ocorrência de fato posterior que cause, objetivamente, excessiva onerosidade ao consumidor.

Assim sendo, da compreensão do artigo 6º, V, do CDC, concluímos que a excessiva onerosidade somente poderá ser alegada se houver um fato imprevisível e extraordinário.

Ao contrário do que ocorre no artigo 6º, V, do CDC, a onerosidade concomitante, prevista no artigo 51, § 1º, do CDC, o fato já entremostra na cláusula contratual, pois a conduta está descrita no contrato.

A cláusula que determina a onerosidade excessiva ao dispositivo mencionado do CDC, no inciso III, segundo Antônio Jeová Santos³⁷⁰, considerava abusiva e traz em sua redação potencial suficiente para causar desequilíbrio entre as prestações ou que ao tempo em que o contrato é celebrado a parte obtenha vantagem evidentemente desproporcional e sem justificação.

Se o consumidor entendesse o caráter prejudicial da cláusula ou pudesse discutir todo o contrato, como, por exemplo, o dever de ser informado sobre o produto ou serviço, jamais irá aderir ao pacto firmado entre as partes.

Isso fica evidente quando os consumidores optam pela contratação via online, onde a velocidade com as informações chegam, num simples click na tela, o contrato já está assinado sem que ele perceba a mitigação de algum princípios e direitos, como a boa-fé, igualdade e informação.

Por esta razão, a cláusula pode se apresentar difícil de ser cumprida, porque exclusivamente onerosa ao consumidor.

Stiglitz³⁷¹ pontifica que:

A bilateralidade dos contratos ou o princípio cumulativo pressupõe uma relação de equivalência. O equilíbrio que deve preponderar nas cláusulas contratuais não pode sofrer ruptura. É de equivalência a relação dos contratantes a de subordinação.

A onerosidade é trazida em termos de comparação, entre proveito ou benefício por um lado, e sacrifício, por outro, a tal ponto que, desde a gênese (sinalagma genética) do contrato, as partes guardam a legítima expectativa de esperar, confiantemente, que na etapa de execução seja produzido o cumprimento das obrigações assumidas, segundo o critério de equivalência e reciprocidade adotado na etapa formativa, que haveremos de enuncia-la como sinalagma funcional.

Assim sendo, concluímos que a onerosidade excessiva prevista nos artigos 478 e 479, do Código Civil, decorrente de um fato superveniente que dá ensejo ao direito do prejudicado em buscar um equilíbrio do vínculo obrigacional, também merece reflexão à luz do Código de Defesa do Consumidor, porém o Diploma Consumerista não exige a imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato para que

³⁷⁰ SANTOS. Antônio Jeová. *Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Ed. Método, 2002, p. 285

³⁷¹ STIGLITZ, Rubén. *Contratos civiles y comerciales. Parte general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 9.

a prestação se transforme em excessivamente onerosa, haja vista que no artigo 6º, inciso V, do CDC, se apresenta adequada para decotar o desequilíbrio, bem como no artigo 51, §1º, do CDC, onde a conduta que excede a onerosidade está descrita no contrato.

CAPÍTULO 5 - OS REFLEXOS JURÍDICOS DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

5.1 CRISE DO CONTRATO OU DA (AUTONOMIA DA VONTADE)

Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especificamente, através da conclusão de contratos de adesão, nas palavras de Batiffol,³⁷² ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XIX.

Os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra e deixavam claro o desnível entre os contraentes, sendo um o autor das cláusulas (fornecedor) e outro um simples aderente (consumidor), desmentido a ideia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

Nesse contexto, leciona Orlando Gomes:³⁷³

Em outros novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contratar não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes irrelevante a própria manifestação da vontade, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos).

A crise na teoria conceitual do direito era incontestável, segundo Gaston Morin,³⁷⁴ que preconizava o declínio e o fim da concepção clássica do contrato, pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito, a liberdade e a autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos o desequilíbrio daí resultante já era flagrante.

Discordamos do doutrinador francês, neste ponto! Como podemos entender e sustentar a crise do contrato se por outro lado continua a sua massificação que se multiplica a cada instante?

Defendemos que a alegada crise do contrato está ligada diretamente à autonomia da vontade, ou seja, a crise é do direito dos contratantes em determinar como melhor virem a entender sua relação contratual.

³⁷² BATIFFOL, Henri. *La crise du contrat et ses portées*. *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIII, 1968, p. 13-30.

³⁷³ GOMES, Orlando. *Transformações gerais dos direitos das obrigações*: São Paulo: Ed. RT, 1980, p. 17

³⁷⁴ MORIN, Gaston, apud REALE. Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.103

Em outras palavras, o contrato não está em declínio, nem podemos aceitar que é vislumbrado o seu crepúsculo, mas ele está sofrendo um processo de transformação e de renovação, nesse ponto concordamos.

A doutrina moderna francesa, no magistério de Cabaña,³⁷⁵ acentua que é atribuída à autonomia da vontade um dos fundamentos da ordem civil, como o valor de princípio. O consentimento segue sendo o elemento primordial criador da obrigação.

Assim sendo, o legislador deve deixar aos contratantes o máximo de liberdade, porém isso não pode ser senão sob uma reserva: a liberdade de contratar não deve atentar contra outras liberdades mais essenciais.

Podemos concluir que a crise levou o conceito de contrato a um desenvolvimento fecundo,³⁷⁶ o que, para muitos, foi denominado de crise do contrato era, em verdade, a crise do dogma da autonomia da vontade.

Por esta razão o novo conceito de contrato, onde a equidade e a justiça veio a ocupar o centro da gravidade, em substituição a vontade das partes, na sociedade de consumo, comprovadamente, só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre o mais fraco, ou seja, do vulnerável.

Esta renovação teórica do contrato à procura de equidade, da boa-fé e da segurança jurídica nas relações contratuais é denominada de socialização da teoria contratual, que, na prática, se fará sentir em um intervencionismo do Estado na vida dos contratos, que, aliás, foram influenciadas pelas ideias de Ihering:³⁷⁷

(.....)

o ponto de partida da “jurisprudência dos interesses” do início do nosso século e tiveram uma atuação libertadora para os juízes ao interpretar as leis e preencher as lacunas, pois poderiam eles aplicar os juízos de valor contidos na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento.

Além disso, podemos entender que haverá uma mudança de paradigmas, impondo-se o princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações, uma vez que a reação do direito virá através de ingerências legislativas

³⁷⁵ CABAÑA. Roberto López, ALTERINI, Atílio. *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989, p. 50-60.

³⁷⁶ GALVÃO TELES, Inocêncio. Aspectos comuns aos vários contratos – Exposição de motivos referente ao título do futuro Código Civil português. Revista Forense nº 88, 1951, p. 103.

³⁷⁷ IHERING. Rudolf Von apud LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 48

cada vez maiores nos campos antes reservados para autonomia da vontade com o intuito de assegurar a justiça e o equilíbrio do contrato na sociedade de consumo.

A seguir, trataremos do estudo da nova realidade social do contrato de consumo que está diretamente relacionada à crise da pós-modernidade.

5.2 A NOVA REALIDADE SOCIAL E CONCEPÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO

Conforme estudamos no tópico anterior, com a sociedade de consumo e seu individualismo crescente, nasce também uma crise sociológica³⁷⁸ denominada por muitos de pós-moderna.³⁷⁹

Surgem, portanto, os tempos pós-modernos que são um desafio para o direito, seja na valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito civil, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, além disso, surge uma nova visão dos princípios do direito civil influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

O pós-modernismo é uma crise de desconstrução,³⁸⁰ de deslegitimação³⁸¹ de nossas instituições, ao passo que, para outros,³⁸² é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o direito.

Nesse contexto, a crise do contrato, especificamente, quanto à autonomia da vontade, no que se refere à obrigação contratual, tem por única fonte a vontade das partes, como vimos no capítulo anterior, ou seja, a vontade humana é o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei, que é apenas um limite.

³⁷⁸ LIPOVETSKY, Gilles. *La era del vacío – Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*. 9. ed. Madrid: Anagrama, 1996. p. 7

³⁷⁹ TOURRAINE, Alian. *Crítica da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 159

³⁸⁰ CARTY, Anthony. *Pos-modern law – Enlightenment, Revolution and the death of man*. Edinburgh University Press, 1990, p. 8

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. London: Heinemann, 1976, p.43 – “um dos pontos básicos desta crise seria a lealdade das massas. Isto é, se o aparelho estatal já não dá mais respostas claras, perde a lealdade das massas. A sociedade já não é mais leal a essa instituição que teoricamente o representa, instituição, portanto, que ele mesmo, povo, organizou. Há uma consequente desorganização da sociedade e do Estado, uma erosão, um déficit de legitimação do Estado que não consegue mais se conectar com a sociedade que regula”.

³⁸² JAYME, Erik. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. RT nº 759, 1999, p. 36

Sendo assim, é da vontade dos contratantes que se origina a força obrigatória dos contratos,³⁸³ cabendo a lei colocar à disposição das partes instrumentos que assegurem o cumprimento das promessas e limitar uma posição supletiva.

Além disso, a autonomia da vontade terá como consequência jurídica a necessidade de o direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo a teoria dos vícios do consentimento.³⁸⁴

O princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos, abstratamente, a liberdade de contratar ou de abster,³⁸⁵ de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da liberdade contratual.

No final do século XIX e já no início do século XX, que já comentamos, as discussões sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada redundou na chamada crise do contrato onde já se encontrava a semente da nova concepção do direito dos contratos.

O direito positivo também se modificou para poder alcançar o fluxo social e as mudanças de uma nova ordem que surgia. Novos contratos apareceram e exigiam outras formas diferentes de contratação. E foi o progresso sobre a noção de pessoa humana, da sua dignidade, com a aplicação dos princípios norteadores da Revolução Francesa.

O direito matizou essas novas mudanças que foram aparecendo aos poucos, porque, como salienta Friedmann,³⁸⁶ vivemos em uma sociedade em constante transformação e toca delimitar se o direito deve se adequar a ela, promovendo a

³⁸³ A ideia de 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 (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem). Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais - 6ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 201, p. 68

³⁸⁴ Se na formação do contrato estiver viciada a vontade de uma das partes, o negócio jurídico é passível de anulação. Como se vê, a validade (e eficácia) jurídica do contrato mais uma vez depende da vontade criadora. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais, p. 68

³⁸⁵ A ideia de autonomia da vontade estava estreitamente ligada à ideia de uma vontade livre, dirigida ao próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais, p. 66

³⁸⁶ FRIEDMANN apud GARRIDO, Roque Fortunato; ZAGO Jorge Alberto. *Contratos civiles y comerciales*, 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, p. 521

mudança normativa previamente ou recolhendo as situações fáticas produzidas para encontrar a normatividade que deve reger essas situações.

Ainda nas palavras do doutrinador:

No momento em que, devido à assombrosa velocidade de transformações sociais, científicas e tecnológicas, nossa sociedade, tanto no plano nacional como no internacional, está em constante fluir. Neste ponto, o estudo das relações recíprocas entre o direito e a sociedade é de importância cada vez maior.³⁸⁷

É a discussão entre a visão filosófica e metafísica do contrato e uma visão mais social ou funcional deste.

Na realidade, o século XXI acelerou as mudanças sociais e modificou profundamente a sociedade de consumo brasileira, já que as novas leis dão testemunho do esforço de adaptação do direito contratual.³⁸⁸

Portanto, surge um novo contexto do contrato determinado pela política de intervenção do Estado na economia que sofreu duas importantes modificações em sua significação e em sua função, segundo Orlando Gomes:³⁸⁹

- a) deixa de ser simplesmente expressão da autonomia privada e;
- b) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes.

O contrato era tido como a principal espécie, dentre a figura do negócio jurídico, passa então a ter um significado e uma função correspondente aos pressupostos culturais. Era sem dúvida, o grande instrumento da autonomia da vontade.

Nesse contexto, as relações patrimoniais tinham, nesse poder atribuído aos particulares, pelo ordenamento jurídico, a sua fonte exclusiva. Entre esse poder de autodeterminação do indivíduo e o contrato há, nesse enfoque, uma conexão que explica a redução de sua estrutura ao puro acordo de vontades.

Ocorre que o fenômeno da contratação evolui ao ponto de alterar profundamente esse quadro conceitual, ao passo que o movimento evolutivo não mais se caracteriza unicamente pelo aparecimento de numerosas inovações

³⁸⁷ Idem

³⁸⁸ COLLINS, Hugh. Justiça social no direito contratual europeu: um manifesto. Revista Trimestral de Direito Civil n^o 31, jul.- set. 2007. pp 155-183

³⁸⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26^a ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 17

técnicas, nem mesmo pela consagração em princípios jurídicos de suspeitas motivações para justificar a direção e controle da economia pelo Estado.

Sendo assim, é necessária uma reconstrução do sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da ideia de autonomia privada e admitir que além da vontade das partes, outras fontes devem integrar o seu conteúdo.

Neste diapasão, Cláudia Lima Marques,³⁹⁰ ensina:

O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mais equitativas.

A nova concepção contratual atenta para que, em virtude da política interventiva do Estado contemporâneo, o contrato quando instrumenta relações pessoais pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se ao parâmetro que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes.

O contrato de adesão, por exemplo, que acabamos de estudar, é um tipo de contrato que ultrapassa os bordos da moldura clássica e se coloca nessa nova perspectiva, o que se justifica o esclarecimento e a indicação de figuras que a ciência tradicional, detectando uma crise da noção do contrato.

No magistério de Orlando Gomes,³⁹¹ seria imperdoável ignorar hoje, mesmo num manual, esses novos aspectos da teoria geral do contrato. Os limites tradicionais da autonomia privada são a ordem pública e bons costumes, mas o seu exercício é também restringido pelo expediente da tipicidade dos negócios jurídicos e da determinação legal de todos os efeitos de negócio típico, bem como pela atuação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

A nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e é onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância.

Neste cenário, procura-se um equilíbrio contratual na sociedade moderna de consumo, onde o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. Ou seja, a lei passará a proteger

³⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais - 6ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 57

³⁹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 19

determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

Tallon³⁹² ensina que os conceitos tradicionais como os de negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como o Código de Defesa do Consumidor.

Em outras palavras, surge uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo, desta forma, um elemento estranho às partes, qual seja, o interesse social.

Portanto, ignorar os novos aspectos da teoria dos contratos, em face do atual contexto social que se encontram os contratantes, seria também ignorar os princípios constitucionais, bem como os inerentes ao próprio sistema que os regulamentam.

A seguir, trataremos do estudo das expectativas dos contratantes frente ao princípio da confiança e informação.

5.3 AS EXPECTATIVAS DOS CONSUMIDORES FRENTE AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E DA INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Neste tópico, trataremos das expectativas dos consumidores frente ao princípio da confiança e da informação que já estudamos nos capítulos anteriores e que serão importantes para entendermos as razões das condutas dos fornecedores antes e após a venda de um produto ou contração de um serviço.

A teoria da confiança surge como consequência da nova teoria contratual, em que os vícios de consentimento não mais terão o foco principal, embora ainda existentes. Na dúvida entre a vontade declarada e a vontade interna, a primeira prevalecerá³⁹³.

O CDC instituiu no Brasil o princípio da confiança, que leva em conta a expectativa do consumidor em relação ao outro contratante. Busca-se, nesse caso, a valorização da confiança e da boa-fé depositadas no parceiro contratante.

³⁹² TALLON, Denis. L'évolution des idées em matière de contrat: survol comparatif. *Droits* 12, p. 83

³⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 233.

Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, fatos ou omissões, devem fazer nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, ou seja, os receptores das informações.

Salienta-se que o princípio da confiança representa um marco na transição do foco do indivíduo para os interesses sociais. Enquanto a teoria clássica da vontade se concentrava na vontade errônea do indivíduo, isto é, na criação do contrato, a confiança visa, além do indivíduo, a proteção dos efeitos do contrato, por meio da concentração nos legítimos interesses e na segurança das relações.³⁹⁴

No entendimento de Cláudia Lima Marques,³⁹⁵ o princípio da proteção da confiança, pelo CDC, abrange dois aspectos:

- 1) a proteção do consumidor da confiança no vínculo contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, isto é, o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte, através da proibição do uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor; 2) a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços.

Luhmann³⁹⁶ pontifica que a confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação/ação organizada do indivíduo.

Tão importante quanto o princípio da confiança, como uma expectativa de direito do consumidor na compra de um produto ou na contratação de um serviço, é o princípio da informação.

Este princípio é de suma importância para desenvolvimento da tese, tendo sido abordado, como já adiantamos, no capítulo 2, quanto estudamos os princípios constitucionais e, no capítulo 3, quando tratamos da formação dos contratos de consumo.

Neste momento, o estudo deste princípio aumenta ainda mais sua importância e relevância para a tese já que discutiremos as expectativas dos consumidores quanto a sua observância e aplicação nas relações de consumo.

³⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 233.

³⁹⁵ Idem.

³⁹⁶ LUHMANN, Nicklas apud MARQUES, Cláudio Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? *Revista do Direito do Consumidor* nº 57, p. 31

Segundo Kloeppler,³⁹⁷ a informação é um poder e o que se almeja hoje na sociedade é a equidade informacional. Valoriza-se a informação e a declaração de aparência.

Neste caminho, Wiebe³⁹⁸ afirma que a informação tem direta ligação com a divisão dos riscos:

O comunicado/informado é uma forma de responsabilidade, a informação leva à imputação de um agente da sociedade, isto é, este agente deve assegurar e proteger as expectativas legítimas por ele despertadas no grupo coletivo de seus expectadores – daí o direito impor garantias jurídicas mínimas para assegurar a liberdade do outro e a possibilidade de uma definição própria de como e com que conteúdo ocorrerá a sua contratação.

Os tribunais superiores já se manifestaram acerca do tema:

Ação coletiva de consumo. Publicidade de produtos alimentares modificados, dirigidos a lactentes, sem a advertência de danos potenciais à saúde. art. 9º do código de defesa do consumidor. Negativa da parte demandada em firmar compromisso de ajustamento. Informes publicitários que devem propiciar o máximo esclarecimento possível, não bastando referências genéricas. Ação procedente. Multa fixada com base no art. 84, § 4º, do CDC. A publicidade que envolve produtos nocivos à saúde do consumidor deve proporcionar informação ampla e detalhada, de modo a efetivar a proteção buscada pela lei. Se a parte demandada se nega a firmar compromisso de ajustamento ou composição em audiência, evidente o interesse do Ministério Público em criar um título com eficácia cogente para concretizar o cumprimento das normas técnicas específicas. Eficácia condenatória das sentenças proferidas em ações que visam à defesa de interesses difusos. art. 95 do CDC. Apelo parcialmente provido.

(Apelação Cível nº 70004163192, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rs, relator: José Conrado Kurtz de Souza, julgado em 23/10/2002).

O julgado acima apresentado é um bom exemplo, na medida em que fica clara a preocupação do julgador em assegurar e proteger as expectativas legítimas do consumidor quanto a devida informação sobre o produto, assumindo o fornecedor, neste caso, o risco quando veicula propaganda sem a devida advertência dos possíveis danos à sua saúde do consumidor.

O direito de informação, no magistério de Antônio Jeová,³⁹⁹ é próprio do direito comum, mas foi nas relações de consumo que o manter-se informado de

³⁹⁷ KLOEPFLER, Michael. Informationsrecht. Munique: Beck, 2002, p. 128

³⁹⁸ WIEBE, Andreas. Die elektronische Willenserklärung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 369-370.

³⁹⁹ SANTOS. Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Ed. Método, 2002, p. 45

forma límpida e transparente encontrou difusão. Ainda nas palavras do doutrinador, a aceitação é condicionada a certo prazo de reflexão, como as vendas feitas a domicílio ou por telefone, conforme dispõe o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.

Este é um mecanismo que preserva o livre-arbítrio do consumidor, que é colocado diante de práticas agressivas de marketing e que ele, levado por impulso gerado pela propaganda, acaba por adquirir produto que não lhe é importante, nem necessário.

O direito de se arrepender, a interpretação de cláusulas sempre em seu favor, o dever do fornecedor entregar certificado de garantia, tudo isso afeta (para o bem) a autonomia da vontade tal como foi concebida na época de fecundo liberalismo.⁴⁰⁰

Para Ramsey,⁴⁰¹ as expectativas frustradas do consumidor quanto ao princípio da informação, podem ser explicadas pela falha do mercado.

Para o doutrinador, há falhas básicas que podem ocorrer no funcionamento do mercado:

1)A falta de competição (em razão de monopólio ou oligopólio); 2)A existência de barreiras de entrada no mercado;3)Os problemas com a diferenciação do produto onde há diferenças qualitativas dentro do mercado (e assim, falta de homogeneidade de produto);4)As lacunas de informação entre vendedor e comprador, ou certos sinais de mercado, por exemplo, a reputação do vendedor pode ser imperfeita;5)Finalmente, os efeitos para terceiros que não foram computados no custo de mercado.

Em razão destes problemas destacados pelo doutrinador, no funcionamento do mercado de consumo, concordamos com o doutrinador, uma vez que é frequente a falta de informação adequada sobre as características do produto ou serviço, sobre o seu preço e sobre sua qualidade, por mais que afirmem os estabelecimentos comerciais que cumprem as regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

Diante desta problemática que é proteger o consumidor quanto suas expectativas e ao direito de informação, indaga-se sobre qual o mercado é o mais benéfico para o consumidor? Seria aquele que apresente o mais alto grau de competição?

⁴⁰⁰ SANTOS. Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Ed. Método, 2002, p. 45

⁴⁰¹ RAMSEY, Iain. Consumer Protection Text and Materials, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, p.36

Michael Best⁴⁰² aponta para o fato de que a cooperação entre as empresas pode assumir a forma de oligopólios ou, ao menos, um acordo sobre preços mínimos, o que, por sua vez, pode também gerar um efeito economicamente benéfico que indiretamente favorece o consumidor.

Para tanto, justifica o doutrinador que isto ocorrerá sempre que o acordo sobre os preços mínimos importem na alocação dos recursos poupados no monitoramento e investimento no processo de melhoria da qualidade e inovação tecnológica que repercute no aumento da competitividade.

Da mesma forma que Best direciona para uma cooperação entre as empresas, não podemos olvidar, igualmente, que o mesmo efeito pode ser “distorcido” gerando falhas na veiculação de informação sobre o mercado e os preços.

O Consumidor muitas vezes se coloca em condição de vulnerabilidade em razão dos altos custos para o processamento da informação. Se os custos para se obter a informação sobre a qualidade, natureza e efetividade do produto ou serviços são altos, a melhor política para a proteção do consumidor será o estabelecimento de normalização e padronização e a emissão de certificados de qualidade, bem como o registro de autorização e licença para funcionamento pelos órgãos de fiscalização e controle.⁴⁰³

Entretanto, por mais que o controle seja uma das soluções para se tentar conter os abusos da vulnerabilidade dos consumidores por parte dos fornecedores, é necessário, ainda assim, assegurar que a informação esteja disponível quando o problema ocorrer para ajudar as partes a resolver a situação.

Isto sublinha a importância do dever de informar “pós-contratual”, que permite o desempenho da renegociação relacional.⁴⁰⁴ Ou seja, ainda assim, continua sendo

⁴⁰² BEST, Michael. *The New Competition. Institutions of Industrial Restructuring*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1990, p.18

⁴⁰³ MACEDO JUNIOR. Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. Ed. Max Limonad. São Paulo: 1998, p.290

⁴⁰⁴ “alguns princípios gerais acerca de tipos de estratégias usadas pelos indivíduos ao processar informações. Aqui seis estratégias são relevantes. Primeiro, os indivíduos tenderão a usar mais as informações mais pronta a vivamente disponíveis. Isto subestima a importância e perigos potenciais de vendas pessoais e informações prestadas no local de compra. Em segundo lugar, os consumidores irão processar as informações da forma como elas estão dispostas. Em terceiro lugar, os consumidores quando procurarem por novos produtos ou informação, vão se referir à experiência prévia. Assim, mesmo compradores não satisfeitos de bens duráveis podem considerar inicialmente a mesma marca quando decidem sobre a mesma compra. Em quarto lugar, os indivíduos são péssimos estatísticos e tendem a colocar peso excessivo em pequenas amostras de dados. Em quinto lugar, os indivíduos tendem a ignorar ocorrências de baixa probabilidade, por exemplo, a possibilidade de

uns dos deveres do fornecedor, mesmo após a contratação, manter o consumidor informado a respeito do produto ou serviço. Não basta, simplesmente, alegar o fornecedor que se cumpriu plenamente a autonomia vontade e que ao contrato se aplica o princípio do *pacta sunt servanda*. Enquanto não se consolidar plenamente o contrato firmado entre as partes não terá o fornecedor se desincumbido totalmente de sua obrigação perante o consumidor, pois o ônus ainda continua sendo seu.

Embora o mundo moderno seja ventilado por uma tirânica e insustentável velocidade, a fluidez dos negócios, bem como a ânsia por lucros é inevitável a multiplicação dos contratos num curto espaço de tempo, não deve servir de pretexto para que se incluam, no bojo de um longo formulário de um futuro contrato de adesão, cláusulas draconianas consideradas como abusivas pelo CDC.

Nas palavras de Renato Porto, o século XX foi marcado por grandes influências dos interesses empresariais.⁴⁰⁵

A esse respeito, a partir do século XX, com a sociedade de massa e os avanços tecnológicos, a informação sofreu forte tendência mercantil, avalizada pelo paradigma e interesses empresariais e, no afã de sobrepujar a concorrência, impôs a desinformação na sociedade da informação. Por mais paradoxal que isso possa parecer, a premissa encontra suporte no desenvolvimento de técnicas de informação voltadas à persuasão e à veiculação ideológica, contrariando a característica fundante de um processo informacional orientado segundo princípios éticos.

Na virada do século XX para o XXI as características do nosso tempo (pós-moderno) são a ubiquidade, a velocidade e a liberdade,⁴⁰⁶ todas elas encontráveis hoje na sociedade de consumo brasileira, em especial através desses novos serviços de informação, conhecimento e educação, desses novos meios de comunicação e de comércio com consumidores, que é a rede mundial internet e os serviços a distancia e de lazer do novo milênio.

Nessa esteira, o consumidor experimenta, neste mundo livre, veloz e global, uma nova vulnerabilidade,⁴⁰⁷ daí a importância de revisitar as linhas de boa-fé no

lesão a longo prazo ou certos tipos de acidentes de produtos, isto será para sempre uma motivação mais para informar padrões de segurança do que apenas veicular informação sobre riscos de produtos”, In: RAMSEY, Iain. Consumer Protection Text and Materials, p.46-47

⁴⁰⁵ PORTO. Renato Cesar de Araujo. A ética na garantia de proteção da vulnerabilidade agravada do consumidor virtual. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado, 2016, p.28

⁴⁰⁶ JAYME. Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. Porto Alegre: UFRG, 2003, p.87

⁴⁰⁷ Conf. Jayme: “No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao

comércio e adaptá-la às novas realidades, torná-las mais fortes, em especial no comércio eletrônico de consumo e nos novos modelos contratuais.

Efetivamente, desde a década de 90, há um espaço novo de comércio com os consumidores, que é a internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação de massa.

Trata-se do denominado comércio eletrônico, ou seja, comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações a distância que são conduzidas por meio eletrônicos (e-mail), por internet (*on line*) ou por meio de telecomunicações de massa (telemarketing, TV), sem a presença física simultânea de dois contratantes no mesmo lugar, também denominada de contratação a distância.⁴⁰⁸

Seriam, portanto, contratos em que o fornecedor não mais teria rosto, não mais apareceria (ou poderia não existir) fisicamente ou territorialmente,⁴⁰⁹ pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa.

Os contratos à distância no comércio eletrônico seriam apenas um subtipo dos contratos automatizados, contratos realizados diretamente com computadores, como os contratos de *home – banking*, ou com máquinas de respostas, como os contratos por telefone com respondedores automáticos, ou seja, contratos em silêncio ou sem diálogo, como sustenta Irti,⁴¹⁰ conduzidos mais pela imagem e pela conduta de apertar um botão do que pela linguagem.

O método de contratação que se apresenta é atual e o meio, por vezes de cumprir a obrigação, é novo.

O certo é que nesta modalidade de contratação há um acordo de vontades, mesmo que de adesão e de conduta social típica, logo há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado pelo fornecedor.

Há uma bilateralidade de vontades das partes, ou seja, um consenso, pois, apesar do fornecedor ser virtual e o consumidor ser massificado, apesar do oferecer

utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invadia o seu programa, e o fato de não conhecer seu adversário ainda mais”.

⁴⁰⁸ REICH, Norbert. Relatório sobre a aplicação da diretiva europeia (97/7/CE de 20.05.1997) sobre serviços financeiros as novas tecnologias. RDC nº 45, 2003, p. 11-25

⁴⁰⁹ GROSSFELD. Bernard. Global accounting: where interest meets geography. The American Journal of Comparative Law 48, 2000, p. 261-306.

⁴¹⁰ IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2, ano LII.1998, p. 273.

e do eleger serem mais automatizados, há um contrato no plano existencial juridicamente relevante e que produzirá efeitos no plano da eficácia.

Assim, entrando no mundo virtual, tanto o consumidor como o fornecedor se obrigam ao cumprimento das obrigações.

Uma vez revestidos de formalidades legais, os contratos se modernizaram; no entanto, há princípios a serem respeitados, independentemente das mudanças. Por exemplo, é óbvio não se admitir a validade de contrato de adesão, firmado via web, que não se encontre em conformidade com os princípios de eticidade, boa fé e função social.⁴¹¹

O caminho virtual é repleto de imagens e linguagens e um simples tocar no teclado significa a “aceitação”, um simples continuar um caminho virtual de imagens, de sons e de mínimas palavras significa uma declaração de vontade tácita; um simples continuar no site, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva.⁴¹²

Portanto, o consumidor por mais que seja vulnerável no momento da contratação, via *on line*, quanto efetua o *clik-agreement* deve tomar as devidas precauções para se tentar evitar ao máximo uma contratação indesejada, haja vista que a velocidade com que chegam as informações ao consumidor não lhe permite uma melhor reflexão sobre o produto ou serviço.

Outro elemento a ser considerado é a complexidade técnica e jurídica deste tipo de contratação à distância. Para lá do *clik-agreement*, que seria contratado com um simples bater de uma tecla no lugar indicado, o comércio eletrônico é pleno de surpresas, desde os contratos encapsulados – os *wrap-agreements*, que só são visualizados após a contratação, contratos por série de *clcks* em cadeia – aos cookies – presentes desvendadores dos visitantes de determinados site ou portal-, aos contratos que só são virtuais e nunca podem se realmente captados e perenizados pelo consumidor, tendendo – ou facilitando – a que o fornecedor mude o conteúdo contratual com o passar do tempo virtual.⁴¹³

⁴¹¹ PORTO. Renato Cesar de Araujo. *Publicidade Digital: A influência da internet nas escolhas do público infante juvenil*. São Paulo: Saraiva, p.131

⁴¹² GROSSFELD. Bernard. Global accounting: where interest meets geography. *The American Journal of Comparative Law* 48, 2000, p. 261-306

⁴¹³ LORENZETTI. Ricardo Luis. *Comercio Eletrônico*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001, p. 202

Cumpra ainda destacar, quanto à formação do contrato eletrônico, que deve ser levada em conta a vulnerabilidade técnica do consumidor, pois não é um especialista ou técnico em computadores e na internet.

Nas palavras de Lorenzetti:⁴¹⁴

Mesmo assim, apesar da falha tecnológica ou vulnerabilidade ante o meio virtual, milhares de consumidores, sem medo, negociam, compram e participam até mesmo de leilões e outros divertimentos consumistas sem censura, através da rede mundial da internet. Atuam sem conhecimento técnico, sem fronteiras, sem território, sem passado, sem experiências e com uma fluida confiança, justamente no direito do consumidor, em uma vaga (e muitas vezes inexistente) proteção internacional dos mais fracos, confiando nas respostas pelo menos razoáveis que a justiça dará.

De outro ângulo, não olvidemos dos deveres e obrigações dos fornecedores quando o consumidor se depara com o contrato eletrônico.

Seja considerada oferta de consumo ou não, há que considerar que estas práticas comerciais dos fornecedores fazem nascer deveres de boa-fé geral, como o de informação, identificação do ofertante, identificação da oferta comercial, cuidados com os dados do consumidor (dever de preservação da privacidade do consumidor,⁴¹⁵ de proteção contra as invasões no site ou na rede) e deveres da boa-fé específicos do meio virtual, como o de confirmação individual, de perenização da oferta e do contrato.

Deverá o fornecedor informar sobre o meio usado, sobre o produto ou serviço que oferece, sobre as suas condições gerais contratuais e condições específicas da oferta, e deve se identificar de forma clara e eficaz.

Renato Porto pondera que:⁴¹⁶

“assim produzida e veiculada, a informação, ocorre na sociedade um déficit informacional peculiar, raiz de vulnerabilidade inconsciente.” A lacuna exposta em forma de “aparente informação” desencadeia quadro de diferença social e de vulnerabilidade. Que possui várias dimensões: fática, econômica, informacional, processual, psicológica ou até mesmo biológica, como se depreende na hipótese de crianças, idosos e/ou pessoas pouco informadas.

⁴¹⁴ Idem

⁴¹⁵ PODESTÁ. Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da internet. São Paulo: Edipro, 2000, p.155

⁴¹⁶ PORTO. Renato Cesar de Araujo. A ética na garantia de proteção da vulnerabilidade agravada do consumidor virtual. rio de janeiro. tese de doutorado, 2016, p.30

A esse respeito, é interessante registrar que o termo vulnerabilidade implica a qualidade ou o estado de vulnerável que, por sua vez, remete à noção do que pode ser vulnerado, magoado, prejudicado e ofendido.

Portanto, o dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus pró-ativo atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais e não do consumidor, superando a *caveat emptor*.

Neste sentido, o STJ já decidiu:

Direito do consumidor. administrativo. normas de proteção e defesa do consumidor. ordem pública e interesse social. princípio da vulnerabilidade do consumidor. princípio da transparência. princípio da boa-fé objetiva. princípio da confiança. obrigação de segurança. direito à informação. dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. rotulagem. proteção de consumidores hipervulneráveis. campo de aplicação da lei do glúten (lei 8.543/92 ab-rogada pela lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do código de defesa do consumidor. mandado de segurança preventivo. justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. inexistência de direito líquido e certo. denegação da segurança. (Recurso Especial nº 586316 MG 2003/0161208-5 - Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA - Publicação DJe 19/03/2009 - Julgamento 17 de Abril de 2007 - Relator Ministro HERMAN BENJAMIN).

Da análise do acórdão denota-se que a obrigação de informação exige o comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como subordinação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.

A seguir, trataremos da análise da pesquisa de campo realizada no período de 01 de dezembro de 2017 a 20 de dezembro de 2017, a respeito do SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor, cujo objetivo era analisar o comportamento das empresas quanto ao feedback dado aos consumidores no tocante às informações antes e após a compra de um produto ou contratação de um serviço.

5.4 PESQUISA SOBRE O SAC – SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

Antes de anunciarmos o resultado da pesquisa convém destacar que o SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor é regulado pelo Decreto-Lei nº 6.523 de 2008,⁴¹⁷ que regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC por telefone, no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, com vistas à observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços.

Além disso, um dos objetivos da pesquisa era observar se as empresas obedecem aos dispositivos previstos nos artigos 8º e 17º, do Decreto-Lei 6523 de 2008:

Art. 8º O SAC obedecerá aos princípios da dignidade, boa-fé, transparência, eficiência, eficácia, celeridade e cordialidade.

Art. 17. As informações solicitadas pelo consumidor serão prestadas imediatamente e suas reclamações, resolvidas no prazo máximo de cinco dias úteis a contar do registro.

O método de pesquisa quantitativo foi o Survey,⁴¹⁸ descrito como plataforma de obtenção de dados ou informações sobre características, ações ou opiniões de determinado grupo de pessoas, indicado como representante de uma população alvo, por meio de um instrumento de pesquisa, em regra, por questionário.

A coleta de respostas foi obtida por meio de uma ferramenta chamada Survey Monkey,⁴¹⁹ um software criado para a realização de pesquisa na modalidade *online*, com a possibilidade de compartilhamento nas redes sociais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, criamos o questionário denominado SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor,⁴²⁰ cujo objetivo era demonstrar a importância do direito de informação do consumidor antes e após a compra de um produto e a contratação de um serviço, quando fizessem contatos com os fornecedores.

⁴¹⁷ Vide anexo

⁴¹⁸ GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55.

⁴¹⁹ SURVEYMONKEY INC. San Mateo, Califórnia – EUA. Disponível em: www.surveymonkey.com. Acesso em 01 dez. 2017 a 31 dez 2017.

⁴²⁰ ALMEIDA, Jesus Cláudio Pereira. SAC – serviço de atendimento ao consumidor. Disponível em: <http://www.surveymonkey.com>. Acesso em 02 jan 2018.

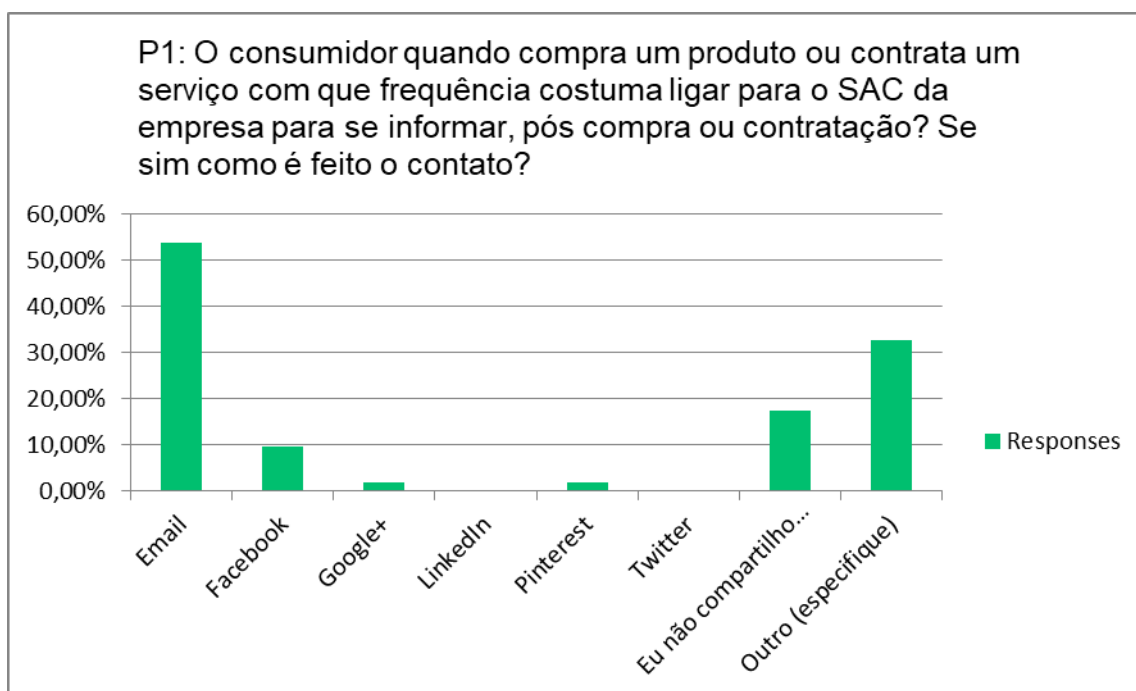
A pesquisa foi realizada no período de 01 de dezembro de 2017 a 20 de dezembro de 2017, a respeito do SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor, mediante a captação dos pesquisados por meio das redes sociais, como Facebook e WhatsApp.

Foram obtidos o total de 52 respondentes com taxa de conclusão de 96% (46 de respostas completas), usando a categoria de testes de múltipla escolha, composto por 7 perguntas, cujo contexto e resultados serão apresentados a seguir.

5.4.1 Pergunta 1: resultados

Na pesquisa, dentro de um universo de 52 integrantes, demonstrada no gráfico 1, indagamos ao consumidor com frequência costuma ligar para o SAC das empresas para se informar após a compra de um produto ou contratação de um serviço e qual meio utilizado? Obtivemos os seguintes resultados: 53,85% dos pesquisados, o que corresponde a 28 pessoas (de um total de 52) utilizaram o e-mail para fazer contatos com os fornecedores; 9,62% (5 dos entrevistados) utilizaram o Facebook; 1,92% utilizaram o Google; 1,92% utilizaram o Pinterest; 17,31% (9 pessoas) não compartilham informações online e 32,69% (17 dos pesquisados) fizeram o uso de outro meio de comunicação.

Gráfico 1 – Pergunta 1:



Answer Choices	Responses	
Email	53,85%	28
Facebook	9,62%	5
Google+	1,92%	1
LinkedIn	0,00%	0
Pinterest	1,92%	1
Twitter	0,00%	0
Eu não compartilho nenhuma informação online	17,31%	9
Outro (especifique)	32,69%	17
Answered		52
Skipped		0

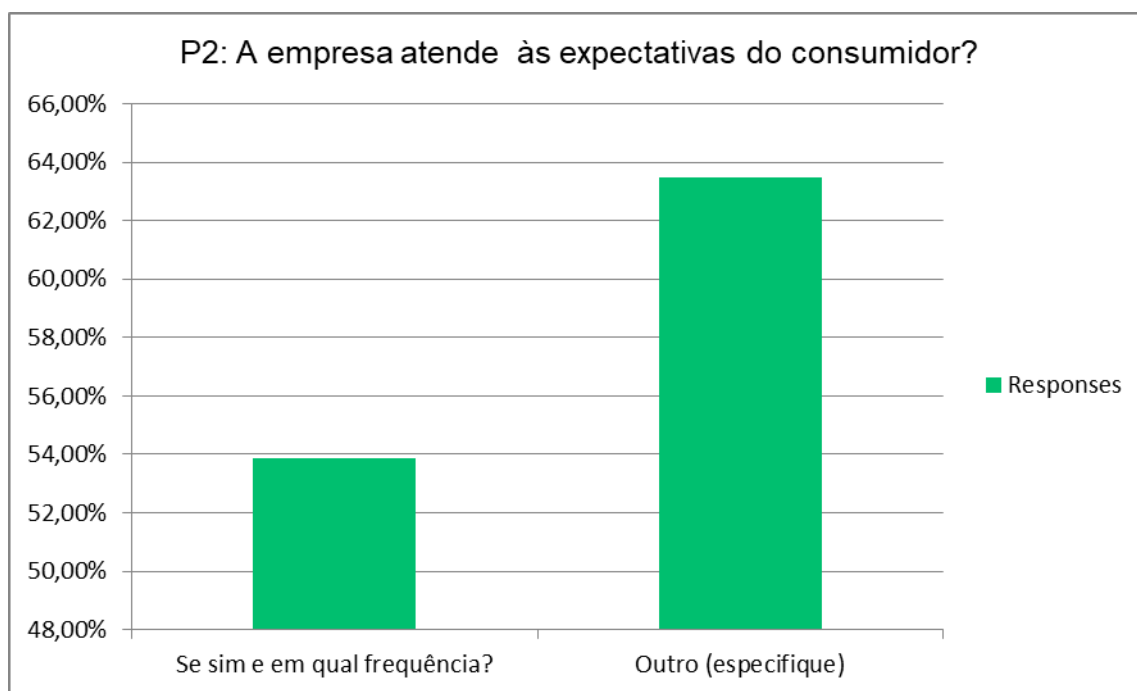
Fonte: SurveyMonkey Inc.

5.4.2 Pergunta 2: resultados

Na pesquisa, dentro de um universo de 52 integrantes, demonstrada no gráfico 2, o objetivo era saber se as empresas atendem às expectativas dos consumidores quanto ao dever de informar após a compra de um produto ou contratação de um serviço? Obtivemos os seguintes resultados: 53,85% dos

pesquisados, o que corresponde a 28 pessoas (de um total de 52) disseram que as empresas atendem suas expectativas e 63,46% (33 dos entrevistados) alegaram outros motivos ao atendimento de suas expectativas.

Gráfico 2 – Pergunta 2



Answer Choices	Responses	
Se sim e em qual frequência?	53,85%	28
Outro (especifique)	63,46%	33
Answered		52
Skipped		0

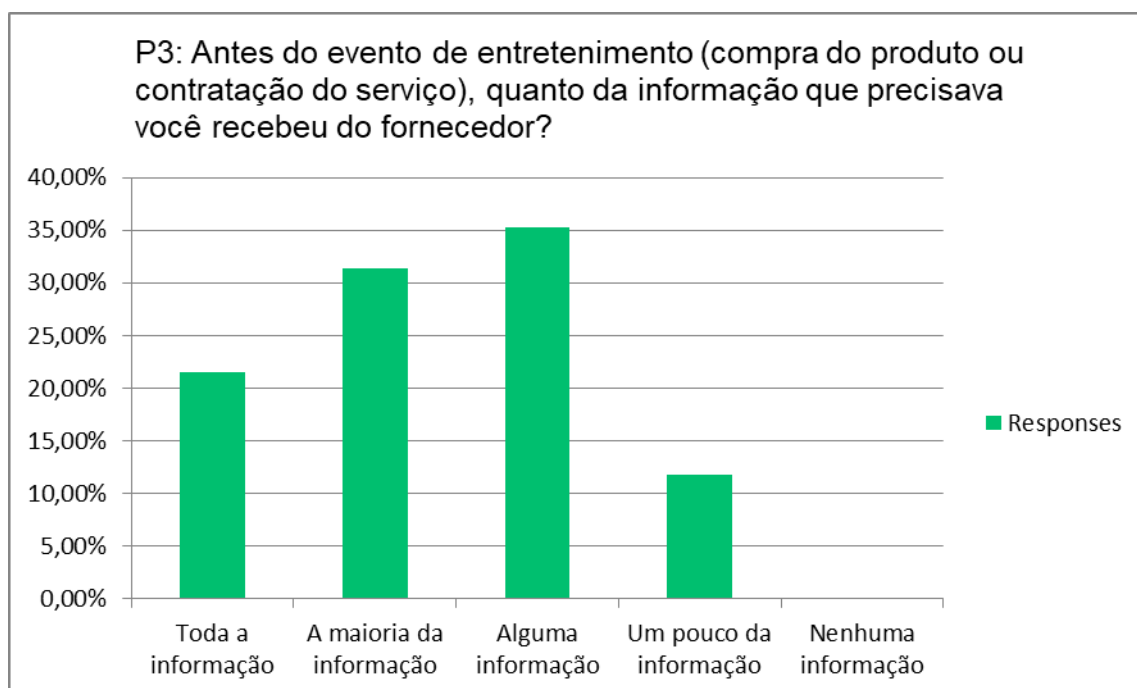
Fonte:SurveyMonkey Inc.

5.4.3 Pergunta 3: resultados

Na pesquisa, dentro de um universo de 51 integrantes, demonstrada no gráfico 3, cujo objetivo era saber se antes da compra de um produto ou contratação de um serviço, o quanto de informação o consumidor obteve do fornecedor? Obtivemos os seguintes resultados: 21,57% dos pesquisados, o que corresponde a 11 pessoas (de um total de 51 entrevistados) disseram que as empresas fornecessem toda a informação necessária; 31,37% (16 dos

entrevistados) alegaram que as empresas fornecem a maioria das informações; 35,29%, (18 dos entrevistados) disseram que as empresas fornecem alguma informação; 11,76% (6 dos entrevistados) disseram que recebem um pouco de informação.

Gráfico 3 – Pergunta 3:



Answer Choices	Responses	
Toda a informação	21,57%	11
A maioria da informação	31,37%	16
Alguma informação	35,29%	18
Um pouco da informação	11,76%	6
Nenhuma informação	0,00%	0
Answered		51
Skipped		1

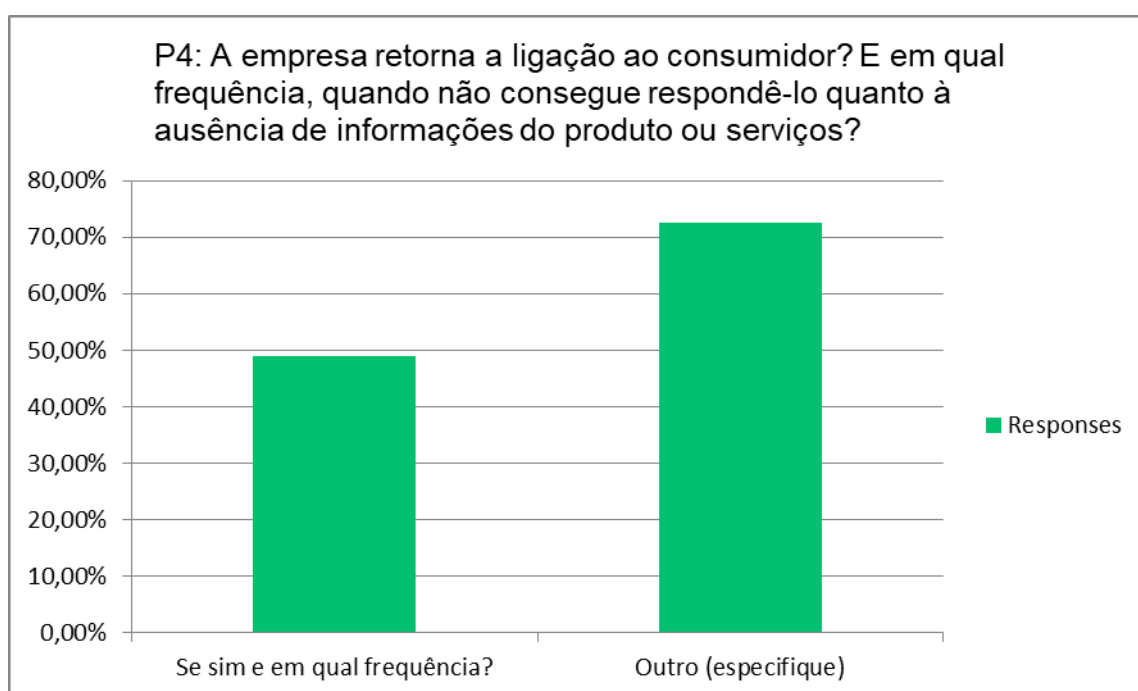
Fonte:SurveyMonkey Inc.

5.4.4 Pergunta 4: resultados

Na pesquisa, dentro de um universo de 51 integrantes, demonstrada no gráfico 4, cujo objetivo era saber se as empresas, quando o consumidor entra em

contato com SAC, retornam a ligação e em qual frequência quanto às informações pendentes sobre o produto ou serviço? Obtivemos os seguintes resultados: 49,02% dos pesquisados, o que corresponde a 25 pessoas (de um total de 51 dos entrevistados) disseram que as empresas retornam a ligação e 72,55% (37 dos entrevistados) alegaram outros motivos.

Gráfico 4 – Pergunta 4:



Answer Choices

Se sim e em qual frequência?

Outro (especifique)

Responses

49,02% 25

72,55% 37

Answered 51

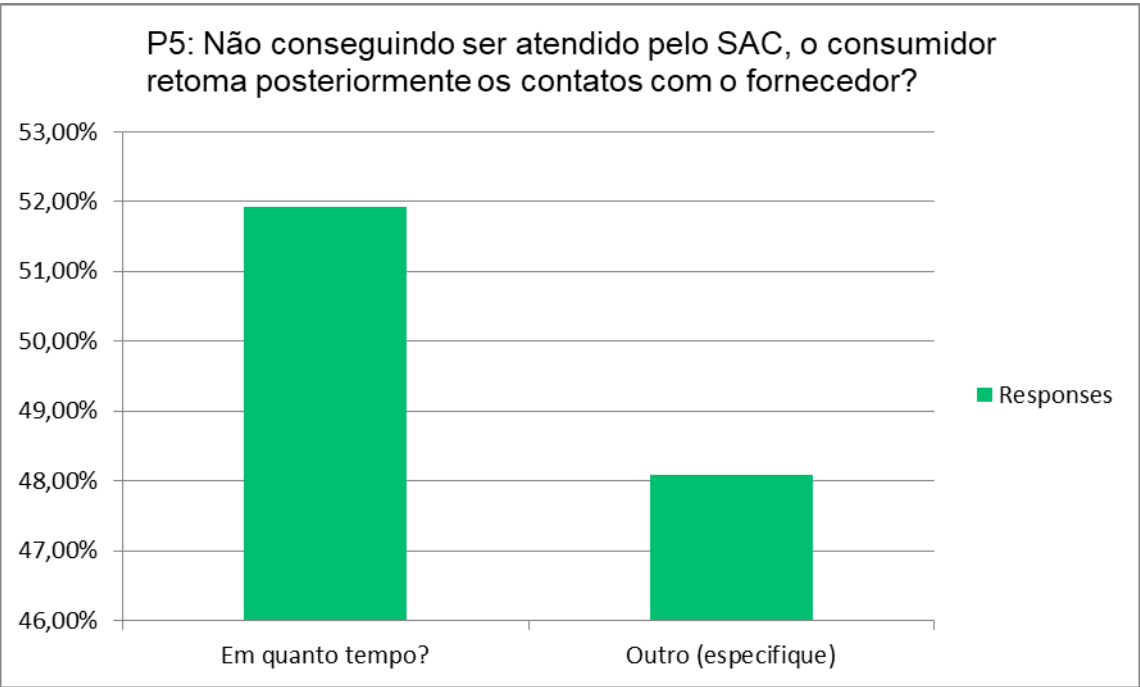
Skipped 1

Fonte: SurveyMonkey Inc.

5.4.5 Pergunta 5: resultados

Na pesquisa, dentro de um universos de 52 entrevistados, demonstrada pelo gráfico 5, sobre a possibilidade do consumidor retomar posteriormente o contato com o fornecedor, após não conseguir ser atendido pelo SAC? Obtivemos os seguintes resultados: 51,92% (27 dos pesquisados) informaram que retomam os contatos com o fornecedor e 48,08% dos entrevistados alegaram outros motivos.

Gráfico 5 – Pergunta 5



Answer Choices	Responses	
Em quanto tempo?	51,92%	27
Outro (especifique)	48,08%	25
Answered		52
Skipped		0

Fonte:SurveyMonkey Inc.

5.4.6 Pergunta 6: resultados

Na pesquisa, dentro de um universos de 44 entrevistados, demonstrada pelo gráfico 6, cujo objetivo era saber quais empresas foram objeto das pesquisas do SAC? Obtivemos os seguintes resultados: 100% (44 dos pesquisados) informaram que consultaram instituições financeira ou empresas.

Gráfico 6 – Pergunta 6



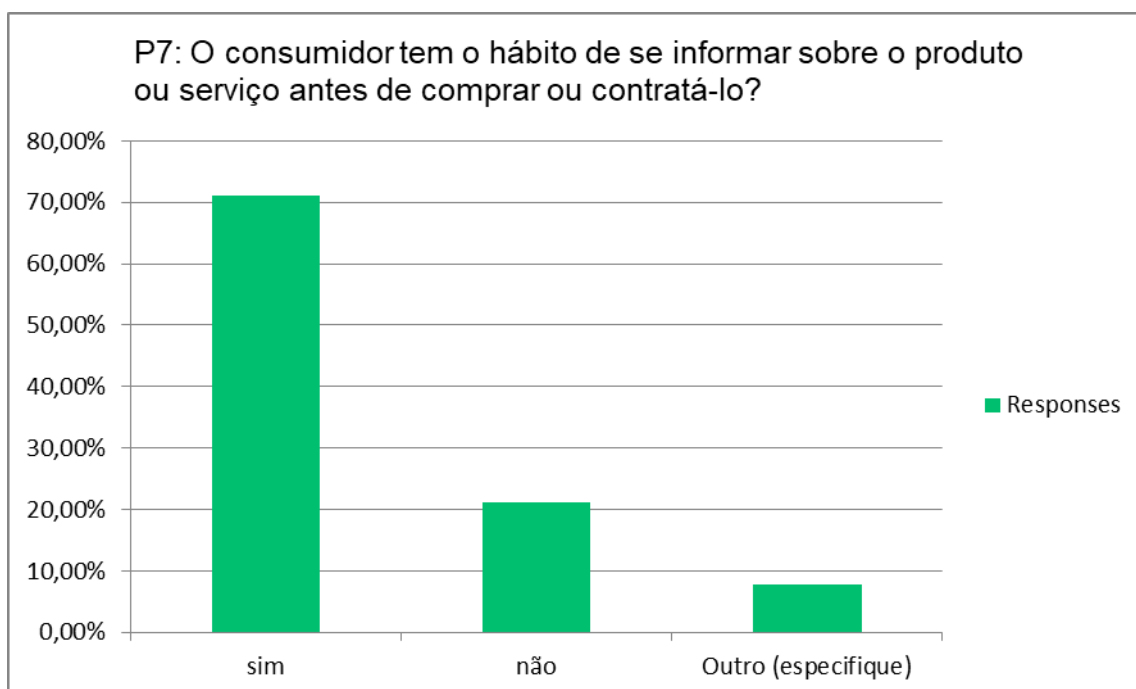
Answer Choices	Responses	
Banco ou empresa	100,00%	44
Outro (especifique)		22
Answered		44
Skipped		8

Fonte:SurveyMonkey Inc.

5.4.7 Pergunta 7: resultados

Na pesquisa, dentro de um universo de 52 pesquisados, demonstrada pelo gráfico 7, indagamos se consumidor tem o hábito de se informar sobre o produto ou serviços antes de comprar ou contratá-lo? Obtivemos os seguintes resultados: 71,15% (37 dos entrevistados) responderam que tem o hábito de se informar sobre o produto ou serviço; 21,15% (11 dos pesquisados) não tem o hábito de se informarem antes e 7,69% indicaram outro motivo.

Gráfico 7 – Pergunta 7



Answer Choices	Responses	
Sim	71,15%	37
Não	21,15%	11
Outro (especifique)	7,69%	4
Answered		52
Skipped		0

Fonte: SurveyMonkey Inc.

5.4.8 Dignóstico

Após a realização da pesquisa, podemos concluir que a maioria dos pesquisados já se utilizaram do SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor. O número de consumidores que não conseguem obter as informações suficientes sobre o produto ou serviço é significativo, quase 35% dos entrevistados, dentre 52 participantes.

O motivo principal do consumidor não obter as informações necessárias sobre o produto ou serviço se dá por conta de fatores como: (i) a demora no atendimento e no processamento das informações pelo atendente do SAC, já que antes do evento compra de produto ou contratação dos serviços, apenas 22% dos consumidores entrevistados receberam toda a informação de que precisavam ao passo que apenas 12% receberam alguma informação, ou seja, não suprimindo, desta forma, suas expectativas ou (ii) pela própria vulnerabilidade e falta de paciência do consumidor em concretizar o processo, que acabam em 50% dos casos não retomando o contato com o fornecedor, quando não é atendido.

No quesito, o quanto o consumidor tem o hábito de se informar antes da realização da compra ou a contratação do serviço, o resultado da pesquisa mostra que 22% dos consumidores não tem o costume de se informar, o que demonstra que a falta de informação e também a educação para o consumo contribuem ainda mais para o risco na contratação.

Mesmo com o advento do Decreto-Lei nº 6.523 de 2008, que regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, ainda assim, nesta pesquisa de campo, identificamos que o consumidor não teve os seus direitos de informação resguardados como se deveria ocorrer, como dispõe os arts. 8º e 17 do Decreto-Lei.

Com isso, concluímos que o direito à informação nas relações de consumo é de suma importância, principalmente, no que antecede e também após a concretização da venda de um produto ou contratação de um serviço.

5.5 SISTEMA DE CONTROLE

Neste tópico, trataremos dos sistemas de controle dos contratos, especificamente, nas relações de consumo em que envolvem as discussões sobre o

dogma da autonomia da vontade e seus reflexos quanto à aplicação do direito de informação aos consumidores.

São duas espécies de controle: o preventivo (abstrato) e o judicial (concreto).

5.5.1 preventivo

O controle preventivo abstrato é feito quando da aprovação prévia das condições gerais, através da autoridade administrativa, em caráter abstrato, para que possam produzir efeitos nos contratos individuais.⁴²¹

Seria introduzido no CDC o controle preventivo administrativo abstrato, atribuindo-se a função ao Ministério Público, sem prejuízo do controle judicial concreto, porém, na redação final do CDC, todos dos respectivos dispositivos que cuidavam desta forma de controle foram vetados. Tratavam dos artigos 51, § 3º, 54 § 5º e 83, § único.

Apesar dos vetos aos artigos que atribuía o controle preventivo administrativo abstrato ao Ministério Público, o CDC em seu artigo 51, §4º criou um controle judicial em abstrato, onde o Ministério Público é o único legitimado para propor essa ação de controle abstrato dos contratos oferecidos no mercado de consumo, a pedido do consumidor ou a pedido de alguma entidade que o represente.

Neste sentido, os Tribunais Superiores já se manifestaram:

Direito processual e direito do consumidor. Ação Civil Pública. mensalidades escolares. Ministério Público. Interesse. Natureza Jurídica. Legitimação ativa. Precedentes da turma. Recurso desacolhido. i - sob o enfoque de uma interpretação Teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a Ação Civil Pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social. ii - na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais

⁴²¹ Sobre o controle preventivo, a Comissão das Comunidades Europeias, relatou: “Na fase de negociação coletiva, alguns sistemas nacionais desenvolveram um controle a priori das condições contratuais. Este controle é exercido a partir da redação das condições contratuais, no momento da celebração dos acordos coletivos. As condições gerais dos contratos de adesão são redigidas através de negociação entre, por um lado, as associações de consumidores (o caso dos Países Baixos) ou as instâncias que possuem um interesse legítimo em proteger os consumidores (como Ombdsman dos consumidores dos países nórdicos) e, por outro, os profissionais ou as associações de profissionais”. (Relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 93/13/CE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. Bruxelas, 27.04.2000. COM – 2000, p. 248

e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. (stj - resp: 95993 mt 1996/0031524-8, relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data de julgamento: 10/12/1996, t4 - quarta turma, data de publicação: dj 24.02.1997).

No acórdão suscitado denota-se a legitimidade judicial abstrata do Ministério Público para propor ações dos contratos oferecidos no mercado de consumo.

5.5.2 judicial

No controle judicial concreto o tribunal julga a validade e a eficácia das condições gerais, caso a caso e depende da iniciativa processual do lesado, conforme determina o artigo 2º, do CPC.

O controle judicial, em concreto, das cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo, por envolver a tutela de interesses ou direitos coletivos em sentido estrito e, em determinadas situações, a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, poderá ser provocado por qualquer dos legitimados arrolados no artigo 82 do CDC.

Porém, nos casos em que se caracterizar somente a proteção a interesses ou direitos individuais homogêneos, não obstante se deva reconhecer a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação coletiva de consumo⁴²², ele deverá defendê-los se houver o interesse social.

Entendemos, portanto, que o Parquet somente deverá defendê-los se possuírem manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, sob pena de vulgarizar a Ação Coletiva e, por via de consequência, a atuação ministerial, em questão menor e de dimensão restrita, que não envolvem interesses relevantes da sociedade ou mesmo de parte dela.

No tópico a seguir, trataremos do estudo do Dirigismo Contratual, uma vez que com o início da renovação da teoria contratual (direito contemporâneo), através das tendências sociais e em virtude dos postulados de um novo Estado Social da

⁴²² MORAES, Voltaire de Lima. Das Preliminares no Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 126

realidade da sociedade de massa, o Estado passa a intervir nas relações obrigacionais.

5.6 O DIRIGISMO CONTRATUAL

5.6.1 intervencionismo do Estado na vida dos contratos

A debilidade da proteção contratual de seus componentes para se eliminar o desequilíbrio inevitável, importantes e abundantes leis dispensaram a especial proteção a determinadas categorias, como por exemplo, os consumidores.

Procurou-se desenvolver uma legislação de apoio a essas categorias com o estímulo à sua organização. O Estado editou normas impondo o conteúdo de certos contratos, proibindo a introdução de certas cláusulas e exigindo sua autorização, atribuindo a obrigação de contratar a uma das partes potenciais e mandando inserir na relação disposições legais ou regulamentares.

Assim, ensina Orlando Gomes:⁴²³

Assinalam-se como principais fatores das transformações ocorridas na teoria geral do contrato: 1º) a insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio, entre as partes, atribuído ao princípio da igualdade formal; 2º) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; 3º) a intromissão do Estado na vida econômica.

O desequilíbrio contratual determinou a técnica de tratamento desigual nas contratações, dentre elas, podemos destacar as novas técnicas de constituição das relações jurídicas, como por exemplo, as que foram impostas pela massificação de certos contratos determinante da uniformização de suas condições ou cláusulas e as que acusam a tendência para a despersonalização dos contraentes.

Inevitavelmente, surge a política de intervenção do Estado no contrato, ao restringir a liberdade de contratar, em respeito à liberdade de escolher o outro como contratante; a liberdade de celebrar o contrato e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

⁴²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007 – Rio de Janeiro, p. 8

Neste cenário, compartilha seus ensinamentos, Vilma Maria Inocêncio Carli:⁴²⁴

O Estado passou de individualista liberal a um Estado humano-social, buscando o equilíbrio nas relações de consumo em que fez contar “ Dos direitos e Garantias Fundamentais” no art. 5º, XXXII da CF, que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e ainda a competência concorrente da União, os Estados e ao Distrito Federal legislador sobre consumo (art.24, V e VIII da CF), a defesa do consumidor é também retratada nos “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (art. 170, V, da CF), indiretamente no art. 220, § 3º e 221 da CF, para que os meios de comunicação tenham uma propagação educativa e saudável, para todas as faixas etárias; a promoção de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público no tocante a interesses coletivos e difusos (art. 129, III da CF) e no art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias determina que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor.

Neste mesmo sentido, Cláudia Lima Marques,⁴²⁵ registra:

A concepção de contrato, a ideia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico.

Assim, a intervenção do Estado na formação dos contratos vai ser exercida não só pelo legislador, como também pelos órgãos administrativos que terão uma função importante na busca do equilíbrio das relações contratuais.

Com isso reafirmamos que o Estado passa a ter uma importante missão fundamental, ou seja, deixa de ser individualista e passa a um Estado-humano social, obrigatoriamente, muito em função da própria evolução das relações contratuais que se forma.

Nelson Nery Junior⁴²⁶ pontifica que o dirigismo contratual não se dá em qualquer situação, mas apenas nas relações jurídicas consideradas como merecedoras de controle estatal para que seja mantido o desejado equilíbrio entre as partes contratantes.

⁴²⁴ CARLI, Vilma Maria Inocêncio. Teoria e Direito das Obrigações Contratuais: uma nova visão das relações econômicas de acordo com os códigos civil e consumidor, Campinas: Bookseller, 2005, p. 87.

⁴²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais - 6ª ed. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 57

⁴²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Da proteção contratual*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 513.

Acentuou-se, assim, a figura do impropriamente chamado contrato forçado, que não é verdadeiro contrato⁴²⁷ nem fenômeno exclusivo do dirigismo contratual, como uma das formas mais vigorosas de vivificação desse mesmo dirigismo, pois aqui a lei diz o que vai ser objeto do contrato e determina a obrigação de se celebrar o contrato, não podendo as partes recusarem-se a fazê-lo.

Para Cláudia Lima Marques⁴²⁸, para atingir este ambicioso fim, de equidade contratual e boa-fé nas relações, o Estado utilizará, então, o instrumento que dispõe, o poder de regular a conduta dos homens por meio das leis, limitando assim a autonomia privada. É o intervencionismo do Estado na vida dos contratos, que será tratado a partir de agora.

Para Antonio Jeová dos Santos⁴²⁹, com a intervenção do Estado em toda condição de vida, afastado está o pleno liberalismo (o deixar-passar e o deixar-fazer). A autonomia da vontade não mais pode ser considerada hoje como no começo do século XIX porque a inflexibilidade da concepção liberal traz em si profunda injustiça, por estar sustentada em dogmas e ficções.

A filosofia do Estado liberal exigia uma separação quase absoluta entre o Estado e a sociedade. Logo, aquele não poderia intervir nas relações obrigacionais dos particulares, ao contrário, deveria permitir a liberdade contratual como reflexo do postulado máximo da autonomia da vontade, criadora do próprio Estado politicamente organizado⁴³⁰.

Consequentemente, ao juiz não era permitido mais do que um controle formal da presença ou da ausência da vontade e de um consenso isento de vícios ou defeitos, nunca, porém, um controle do conteúdo do contrato, de justeza e do equilíbrio das obrigações assumidas. De outro lado, à lei cabia uma função interpretativa, no máximo, supletiva da vontade.⁴³¹

⁴²⁷ DIÉZ-PICAZO, Luiz. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1983. v. I. I, p.103. “É que no contrato forçado não existe acordo de vontades e se desconhece a vontade de uma ou de ambas as partes, apesar de nascer dele uma relação jurídica semelhante ou idêntica à que deriva do contrato. É, na verdade, constituição forçada de relações jurídicas privadas, chamada de relação paracontratual por René Savatier. [...] Ocorre que o contrato forçado quando a lei impõe a alguém a efetivação de determinada relação jurídica, sem que haja manifestação da vontade.” Apud NERY JUNIOR, Nelson. *Da proteção contratual*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 513.

⁴²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 207.

⁴²⁹ SANTOS, Antônio Jeová. *Função social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos*. São Paulo: Método, 2002, p. 39-40.

⁴³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 207

⁴³¹ Ibidem, p. 207-208.

Com o início da renovação da teoria contratual através das tendências sociais, em virtude dos postulados de um novo Estado Social e da realidade da sociedade de massas, o Estado passa a intervir nas relações obrigacionais.⁴³²

Para a doutrinadora, a intervenção do Estado na formação dos contratos vai ser exercida não só pelo legislador, mas também pelos órgãos administrativos. O poder judiciário também terá a função, pois, se as normas imperativas destas leis, aqui chamadas intervencionistas, restringem o espaço da liberdade individual no contrato, legitimarão ao Judiciário para que exerça o tão reclamado controle efetivo do conteúdo do contrato, controle da justiça contratual, em especial, o controle das cláusulas abusivas.⁴³³

Nas palavras de Caio Mário⁴³⁴, a ideia intervencionista do Estado nas relações contratuais ganha corpo e atinge três aspectos principais:

A – Às vezes o legislador impõe a contratação como no caso de fornecimento de bens e serviços, conforme preceitua o art. 39, II e IX-A, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o que antes mesmo da entrada em vigor desta Lei já era definido como delito contra a economia popular (Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951), ou como naquele outro de conceder ao locatário de prédio urbano a prorrogação de aluguel.

B – Outras vezes institui cláusula coercitiva, definindo direitos e deveres dos contratantes, em termos insuscetíveis de derrogação, sob pena de nulidade ou punição criminal, como no contrato de trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 9º), ou no de venda de terrenos em prestações, em que é vedada a cláusula de rescisão pleno *iure* do contrato (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1973).

C – Em outros casos, concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato, e estabelecer condições de execução, coativamente impostas, caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado.

A jurisprudência tem sido sensível a esta necessidade de intervenção estatal nas relações de consumo, como se pode observar na decisão do STJ:

Agravo no recurso especial. Revisão de contrato de financiamento. Possibilidade de revisão contratual. Aplicação do CDC. Comissão de

⁴³² SAVATIER, René apud PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, que o contrato no século XIX era medido na escala do homem, do indivíduo, e no século XX coloca-se na escala da coletividade, *Direito Civil – Alguns Aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 239-240

⁴³³ Idem.

⁴³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito CIVIL. Vol III - Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 28

permanência. Repetição do indébito. - O regime jurídico dos contratos mercantis que embasam relação de consumo mitiga o princípio da autonomia da vontade em favor de um prevalente dirigismo contratual; admite-se, em consequência, a revisão judicial das cláusulas contratuais que colidam com as normas jurídicas em vigor. - Aplica-se o CDC às relações jurídicas firmadas entre as instituições financeiras e os usuários de seus serviços. - É admitida a incidência da comissão de permanência desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual. Precedentes. - Admite-se a repetição do indébito, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor. Precedentes. Agravo no recurso especial improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 807052 RS 2006/0002553-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/04/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/05/2006)

Ultrapassada a análise das consequências que a aceitação da doutrina clássica da autonomia da vontade teve no campo das ideias e postulados jurídicos, cabe agora refazer esta análise tendo em vista, não mais o dogma único da vontade, mas as tendências sociais da nova concepção do contrato, em seu reflexo mais visível, que é a Lei nº 8.078/90.

5.6.2 Limitação da liberdade contratual

Limitar a autonomia da vontade é retirar daquele poder soberano, férreo, imutável e onipotente, (o deixar de passar e o deixar de fazer), existe o dirigismo contratual, a proteção social, o direito de consumo e dos contratos de adesão, cujos estudos já tratamos neste trabalho.

A teoria contratual clássica, com a aceitação total do dogma da autonomia da vontade, assegurava, no campo teórico do Direito, a igualdade e a liberdade de todas as pessoas.

O dogma da liberdade contratual era o reflexo mais importante da força criadora da vontade. O indivíduo estaria, assim, livre para contratar ou não contratar, para definir o conteúdo de suas futuras obrigações, para escolher o parceiro contratual que lhe interesse⁴³⁵.

No campo prático dos fatos, com a proliferação dos contratos de massa, especialmente dos contratos de adesão, a liberdade contratual já se encontrava

⁴³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*. p. 223.

limitada. Ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção, em liberdade de um e opressão do outro, assim como a esperada livre concorrência não foi suficiente para conduzir a resultados aceitáveis.⁴³⁶

O conteúdo de muitos contratos será ditado, então, regulamentado ou autorizado pelo poder estatal. Os contratos pré-redigidos pelas empresas substituirão o negócio jurídico bilateral, antes concluído individualmente, desaparecendo o laborioso processo de negociações e discussões preliminares.

Permanece a liberdade de contratar, isto é, de realizar ou não um determinado contrato. Mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional, sofreria graves limitações com as novas técnicas de contratação e também com o intervencionismo legal na vida dos contratos.

Cláudia Lima Marques⁴³⁷ destaca que o declínio da liberdade contratual é, portanto, um fato na moderna sociedade de consumo. O novo direito dos contratos vai limitar a possibilidade das empresas de se recusarem a contratar com determinada pessoa ou em determinadas ocasiões, seja por respeito aos direitos constitucionais, seja por passar a considerar ilícito o uso do poder econômico e do monopólio para forçar, por exemplo, um aumento de preços.

A limitação da liberdade contratual vai possibilitar, assim, que novas obrigações, não oriundas da vontade declarada ou interna dos contratantes, sejam inseridas no contrato em virtude de lei ou ainda em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes, demonstrando mais uma vez o papel predominante da lei em relação à vontade da nova concepção do contrato.

Neste sentido, os Tribunais Superiores já decidiram:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PLANO DE SAÚDE. PATOLOGIA GRAVE. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. TUMOR NA HIPÓFISE. REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NA CIDADE DE RECIFE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DO PLANO CONTRATADO. MÉDICOS E HOSPITAL CREDECIADOS. AFASTADA A APLICAÇÃO DO ART. 12 DA LEI Nº. 9.656/98. DEVOLUÇÃO ADMINISTRATIVA PARCIAL – ABUSIVIDADE. NECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL AO SEGURADO - FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. BOA FÉ OBJETIVA. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA IRRETOCÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC - NEGADO

⁴³⁶ Idem

⁴³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 224.

SEGUIMENTO AO APELO. A incidência das normas protecionistas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) aos contratos de plano de saúde privado é matéria pacificada na doutrina e na jurisprudência, em razão do que estabelece o art. 3º, § 2º, do CDC. A teor das particularidades das relações contratuais de consumo, as avenças havidas entre fornecedor de serviço e consumidor não podem ser analisadas a partir do vetusto princípio do *pacta sunt servanda*, sendo de rigor a aplicação da boa-fé e da função social dos contratos. "A complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei n. 5.764/1971, possibilitando a atuação sob (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00089072020128150011, - Não possui -, Relator DESA MARIA DE FATIMA MORAES B CAVALCANTI, j. em 01-10-2015) (TJ-PB - APL: 00089072020128150011 0008907-20.2012.815.0011, Relator: DESA MARIA DE FATIMA MORAES B CAVALCANTI, Data de Julgamento: 01/10/2015, 1ª CIVEL)

Da análise do acórdão denota-se a atuação do Estado-Juiz em virtude de uma interpretação construtiva demonstrando mais uma vez o papel predominante do Estado em relação à vontade da nova concepção do contrato.

A nova teoria contratual impregnada por uma visão total da relação e conforme a boa-fé passa também a valorizar o tempo como elemento relevante. Na formação do vínculo, o tempo será considerado como aliado da racionalidade e reflexão na decisão dos consumidores⁴³⁸.

Por fim, cumpre ainda mencionar que esta nova concepção de contrato trouxe como reflexo a possibilidade do poder estatal, seja através do legislador, seja através do controle judicial ou administrativo, proibir determinadas cláusulas abusivas nos contratos de massa.

5.6.3 relativização da força obrigatória dos contratos

Agora é a vez do princípio da relatividade da força obrigatória dos contratos. Na visão tradicional, a força obrigatória do contrato teria seu fundamento na vontade das partes.

Uma vez manifestada esta vontade, as partes ficariam ligadas por um vínculo,⁴³⁹ onde nasceriam obrigações e direitos para cada um dos participantes, força obrigatória esta, reconhecida pelo direito e tutelada judicialmente.

⁴³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 224

⁴³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 226.

Para Cláudia Lima Marques⁴⁴⁰, a nova concepção de contrato destaca, ao contrário, o papel da lei. É a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para autorregulamentação dos interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade, portanto, continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato.

Assim, o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão através de uma nova manifestação volitiva das mesmas partes contratantes sofrerá limitações (art. 6º, IV e V, do CDC).

Aos juízes é agora permitido um controle do conteúdo do contrato, como no próprio CDC, devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC). É o intervencionismo estatal, que ao editar leis específicas pode, por exemplo, inserir no quadro das relações contratuais novas obrigações com base no princípio da boa-fé (dever de informar, obrigação de substituir peça, renovação automática da locação etc.)⁴⁴¹. Portanto, a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para decifrar um instrumento contratual.

A despeito da relatividade da autonomia da vontade, esse postulado tem os seguintes e principais efeitos:⁴⁴²

- a) Em razão da liberdade de contratação é faculdade natural de cada pessoa aceitar ou rechaçar uma proposta de contrato. A negativa é um ato lícito e não implica responsabilidade.
- b) O mesmo poder da vontade que engendrou um contrato serve para deixá-lo sem efeito, por meio do mútuo dissenso, o que para os romanos é o *distrato*.
- c) Os vícios da vontade impedem ou anulam os efeitos do contrato.
- d) A força do contrato e sua imutabilidade levam por corolário o de seu cumprimento com fidelidade. A lei os assegura mediante seu poder coativo para que se cumpra o prometido e sanciona o descumprimento com a previsão de indenização por perdas e danos.

Por esses exemplos tratados na doutrina de Edgard Ferrerya, entendemos que o dirigismo contratual não consegue afastar a autonomia da vontade por

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 227.

⁴⁴² FERREYRA, Edgard. *Principales Efectos de la Contratación Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978, p.133

completo, vez que o elemento constitutivo e essencial do negócio jurídico continuará sendo o consentimento, que tem como base a autonomia da vontade.

Relativiza-se, assim, o postulado de que os contratos só têm efeito entre as partes (*res inter alios acta*).⁴⁴³ As novas tendências sociais da concepção de contrato postulam que, em alguns casos, o raio de ação do contrato deva transcender a órbita das partes.

Assim, também, as fases anteriores e posteriores no momento da celebração do contrato ganham relevância.⁴⁴⁴ Disciplina-se o pré-contrato, reforçando a sua força obrigatória para que conceda, em alguns casos, direito real do benefício (art. 48 do CDC).

Reforçam-se os requisitos da fase pré-contratual aos se impõem deveres de informação ao fornecedor (arts. 30,31,33,34,35,46 e 54 do CDC). Mas especial atenção receberá a fase pós-contratual (arts. 40,42,42-A, 43 e 44 do CDC). A doutrina já havia desenvolvido a teoria da culpa *pos factum finitum*, que, baseada no princípio da boa-fé, estendia a eficácia do contrato para além do cumprimento do dever principal.⁴⁴⁵

As novas leis intervencionistas, especialmente no que se refere ao consumo de bens duráveis, disciplinarão os deveres anexos à obrigação, impondo, por exemplo, o dever de prestação da chamada assistência pós-venda (art. 18, § 1º, do CDC), o dever de informar sobre o modo e a técnica de utilização de produtos, assim como disciplinado a garantia legal e a garantia contratual oferecida pelo fornecedor.⁴⁴⁶

⁴⁴³ As modificações socioeconômicas ocorridas a partir da Revolução Industrial tornam necessária a revisão dos princípios gerais do contrato. Para que o contrato possa atender a sua função social, é de se reconhecer que o princípio da relatividade dos efeitos (*res inter alios*), que permite aos contratantes exercer a oponibilidade interna contra os terceiros que inviabilizam a satisfação dos seus interesses, submete-se ao atendimento de interesses socialmente mais relevantes, dentre os quais destacam-se a proteção ao consumidor e a proteção ambiental. Permite-se, destarte, a oponibilidade externa em desfavor dos interesses dos contratantes, se os interesses individuais de terceiros determinados forem mais relevantes que os das partes. Também cabe oponibilidade externa na defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, socialmente mais relevantes que os dos contratantes, como é o que sucede com a proteção do consumidor e a proteção ambiental, que são reguladas por normas jurídicas de ordem pública. CONCLUSÕES DO V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR. Painel 9. Belo Horizonte. 02.05.2000. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 35, 2000, p. 260.

⁴⁴⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Negócio jurídico de consumo. Boletim do Ministério da Justiça nº 273, 1978, p.22

⁴⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, vol. 1 e 2, 1984, p.

54

⁴⁴⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. Porto Alegre: Edipucrs, 1977, p.56

Cabe ainda analisar o fenômeno dos terceiros nas relações de consumo e a consequente relativização do efeito apenas *inter partis* dos contratos de consumo, em face do reconhecimento do status de “consumidores” para estes antigos terceiros. Em outras palavras, a regra da relatividade dos contratos ou do efeito apenas entre as partes é clássica e diretamente originada do dogma da autonomia da vontade. Sendo assim, no direito civil comum, este grupo de “consumidores” incidentes não deveria fazer parte da relação contratual. A única exceção clássica são os poucos direitos assegurados aos beneficiários-terceiros. No sistema do CDC, ao aproximar estas duas figuras e definir todos como “consumidores” *stricto sensu* ou equiparados, acaba definindo que as relações contratuais de consumo terão, sim, efeitos perante “terceiros”. ⁴⁴⁷.

Ou seja, a eficácia contratual, no sistema do CDC, é maior, uma vez que nascem direitos para estes terceiros.

⁴⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, p. 231.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A característica mais saliente do contrato, além de gerar riquezas, é o consenso, o que o define como um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a esclarecer uma regulamentação dos interesses das partes envolvidas, com o objetivo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

A partir da definição do conceito de contrato, surgiu o interesse em analisar o princípio da autonomia da vontade, uma vez que, manifestada esta vontade, as partes ficariam ligadas por um vínculo, onde nasceriam obrigações e direitos para cada um dos participantes, força obrigatória esta, reconhecida pelo direito e tutelada judicialmente.

Entre outras palavras, a autonomia da vontade seria um aspecto de liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei e se manifesta sob três aspectos: i) a liberdade de contratar propriamente dita, como o poder conferido às partes contratantes e suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente, (ii) a liberdade de estipular o contrato e (iii) a liberdade onde os contratantes são livres para determinar o conteúdo do contrato nos limites legais imperativos.

Nesse contexto, se insere a presente tese, pois tratamos de estudar o princípio da autonomia da vontade nos contratos de consumo, cujo objetivo é compreender a função desempenhada pelo fornecedor e de que forma o consumidor tem acesso às informações do contrato de adesão sem assumir tantos riscos, como acontece, por exemplo, nas compras de produtos ou na contratação de serviços realizadas por meios eletrônicos.

O fato é que para os consumidores surgem novas expectativas neste mundo livre, veloz e global, uma nova vulnerabilidade, pois não é o consumidor um especialista ou técnico em computadores e na internet, daí a importância de revisitar as linhas de boa-fé no comércio e adaptá-las às novas realidades, torná-las mais fortes, em especial, no comércio eletrônico de consumo e nos novos modelos contratuais.

O acesso e a facilidade com que os consumidores têm através do uso de equipamentos eletrônicos fazem com que a velocidade das informações, com um

simples click na tela, direcione os consumidores para que compre produtos ou contrate serviços, de forma impulsiva e danosa, sem se atentar ao dever de ser informado ou de se informar.

Por mais que seja vulnerável o consumidor no momento da contratação, via *on line*, quando se efetua o *click-agreement*, deve tomar as devidas precauções para se tentar evitar ao máximo uma contratação indesejada, haja vista que a velocidade com que chegam as informações ao consumidor não lhe permite uma melhor reflexão sobre o produto ou serviço.

Com essa problemática que se coloca surge, nessa modalidade de contratação, a necessidade de se verificar se de fato a proposta foi levada ao conhecimento do consumidor em tempo hábil para que ele possa refletir sobre as cláusulas do futuro contrato e verificar se não eram prejudiciais naquele momento. Entendemos que o consumidor não tem o tempo suficiente para refletir sobre a proposta, haja vista a velocidade com que as informações se processam.

Embora o mundo moderno seja ventilado por uma tirânica e insustentável velocidade atrelada à prática agressiva de marketing, a fluidez dos negócios, como ocorre nos contratos eletrônicos, bem como a ânsia por lucros é inevitável a multiplicação dos contratos de massa, por parte dos fornecedores, num curto espaço de tempo, não deve servir de pretexto para que se incluam, no bojo de um longo formulário de um futuro contrato de adesão, cláusulas draconianas consideradas como abusivas pelo CDC.

Isto demonstra a importância do dever de informar ao consumidor na fase “pré e “pós-contratual”. Ou seja, ainda assim, continua sendo um dos deveres do fornecedor, mesmo após a contratação, manter o consumidor informado a respeito do produto ou serviço.

Não basta, simplesmente, alegar o fornecedor que ao contrato firmado entre as partes se cumpriu plenamente a autonomia vontade, ou que as informações estavam disponíveis ao consumidor e que ao pacto se aplica perfeitamente ao princípio do *pacta sunt servanda*, transferindo o ônus ao consumidor.

É exatamente a situação oposta. Enquanto não se consolidar plenamente o contrato firmado entre as partes não terá o fornecedor se desincumbido totalmente de sua obrigação perante o consumidor, pois o ônus, pela falta de informação sobre o produto ou serviço, ainda continua sendo seu.

Diante desta problemática que é proteger o consumidor quanto suas expectativas e ao direito de informação, defendemos e lançamos mão da aplicação dos princípios e regras que compõem o sistema de normas, na tentativa de se buscar a máxima efetividade e a tutela adequada ao consumidor.

O princípio da informação tem estreita ligação com o princípio da transparência, que está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, previsto no artigo 5º, inciso XIV, da CF, além disso, ambos os preceitos vem expressos no CDC nos artigos 6º, inciso III e 4º, caput.

Na sistemática implantada pelo Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor está obrigado a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, ou seja, sobre as características, qualidades, riscos, preços de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas e omissões.

Neste cenário, algumas questões surgem e que merecem ser investigadas. Haveria, pois, a possibilidade de se definir um limite mínimo de compreensão e processamento da informação sobre o produto ou serviço que o consumidor/contratante deveria receber do fornecedor para que ele pudesse refletir e entender as negociações preliminares: proposta e aceitação? E o que dizer sobre os meios de alcance dessas informações? O consumidor tem todo o acesso suficiente para refletir? Como o consumidor tem feito para se informar? Por mais que a tecnologia existente seja avançada, ainda assim, podemos defender com segurança que estamos presenciando um consumidor plenamente perceptivo, informado e sofisticado na hora de contratar?

Para entendermos melhor a necessidade da aplicação do princípio da informação nas relações de consumo e respondermos tais indagações, realizamos uma pesquisa de campo no período de 01 de dezembro de 2017 a 20 de dezembro de 2017, denominada de SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor, cujo objetivo era analisar o comportamento das empresas quanto ao feedback dado aos consumidores no tocante às informações recebidas do fornecedor antes e após a compra de um produto ou contratação de um serviço.

Após a realização da pesquisa concluímos que a maioria dos consumidores pesquisados que se utilizaram do SAC não conseguiram obter as informações suficientes antes e após a compra do produto ou contratação do serviço, totalizando quase 35% dos entrevistados, seja por alguns fatores: (i) a demora no atendimento e no processamento das informações pelo atendente do SAC ou (ii)

pela própria vulnerabilidade e falta de paciência do consumidor em concretizar o processo, que acabam não retomando o contato com o fornecedor, quando não é atendido a contento.

Mesmo com o advento do Decreto-Lei nº 6.523 de 2008, que regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, ainda assim, nesta pesquisa de campo, identificamos que o consumidor não teve os seus direitos de informação resguardados como se deveria ocorrer, como dispõe os arts. 8º e 17 do Decreto-Lei.

Com isso, concluímos que o direito à informação nas relações de consumo continua sendo de suma importância, principalmente, no que antecede e também após a concretização da venda de um produto ou contratação de um serviço.

Importante ainda destacar que as cláusulas que possam ensejar abusividade, desequilíbrio ou impossibilidade de cumprimento, provocam imediata reação por parte do Código de Defesa do Consumidor e de todo o seu microssistema.

O Código de Defesa do Consumidor é a fonte normativa infraconstitucional mais relevante para a disciplina da relação de consumo.

Bem por isso é que defendemos sua integração no ordenamento jurídico como lei principiológica, ao estabelecer princípios, normas, que servem para regulamentar os pontos mais relevantes de uma determinada situação jurídica e normas de ordem pública e de interesse social, tanto para a proteção do consumidor, como para a preservação da própria relação de consumo.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que os princípios são vigas mestras, ou seja, verdadeiras estruturas de orientações e interpretação dos interesses em jogo e das regras de conduta norteadoras da interpretação da norma.

Assim sendo, não há como uma lei ordinária contrariar o Código de Defesa do Consumidor, pois ali não estão apenas contidos normas e dispositivos, mas, princípios e cláusulas gerais.

Há outra questão que merece ser mencionada: os reflexos da aplicação da autonomia da vontade quanto à intervenção do Estado na vida dos contratos, para se tentar equilibrar a relação primitiva prejudicial.

Quando isso se perde desequilibrou-se o contrato em quase toda sua essência, seja quanto à parte principiológica ou formação, razão pelo qual defendemos que a casuística, diante da relativização da força obrigatória do

contrato, quando submetida à apreciação do Poder Judiciário, tem a função de equilibrar a relação primitiva prejudicial.

Com a finalidade de solucionar o problema acima demonstrado e efetivar os direitos do consumidor, defendemos a tese de que o fornecedor de produtos ou serviços deve sempre disponibilizar as informações suficientes para que o consumidor possa refletir sobre as cláusulas contratuais que está aderindo no momento da contratação.

Defendemos ainda que o acesso às informações é a segurança mínima que o consumidor precisa ter para refletir e contratar, por mais que tenha a percepção ou sofisticação para entender sobre as características daquele produto ou serviço.

No mais, entendemos ainda que não se pode deixar se perder de vista, em hipótese alguma, dentro do princípio da autonomia da vontade, seja na fase preliminar ou na conclusão do contrato, a expectativa do direito, criada pelo consumidor que está diretamente ligada ao princípio da informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Luis Fernando. Publicidade, Controle de Ilícitude no Direito do Consumidor e Prática de Storytelling – Tese de Doutorado em Direito – PUCSP. 2016

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 2ª ed. – Rio de Janeiro: AIDE, 2003

AMARAL, Francisco. Direito Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A tutela jurídica do consumidor e o respeito à dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª.ed. Malheiros, 2011

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Pós-moderno e a Codificação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 33, 2000

AZEVEDO, Alvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação positivada no código de defesa do consumidor sob a perspectiva civil-constitucional, p. 83 < www.egov.ufsc.br > Acesso em: 14 de jan. 2018

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1998

BATIFFOL, Henri. *La crise du contrat et ses portées*. *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIII, 1968

BEST, Michael. The New Competition. Institutions of Industrial Restructuring, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1990

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de Direito Civil. Vol. I. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1994

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda *et al.* (Coord.). *Aspectos controvertidos no novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003,

BULGARELLI. Waldírio. Direito empresarial moderno. Rio de Janeiro: Forense, 1992

CABAÑA. Roberto López, ALTERINI, Atílio. *La Autonomía de la Voluntad en el Contrato Moderno*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no direito privado. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set, 2004

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CARLI, Vilma Maria Inocencio. Teoria e Direito das Obrigações Contratuais: uma nova visão das relações econômicas de acordo com os códigos civil e consumidor, Campinas: Bookseller, 2005

CARPENA. Heloisa. Abuso de Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2003.

CARTY, Anthony. Pos-modern law – Enlightenment. Revolution and the death of man. Edinburgh University Press, 1990

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Direitos básicos: comentários ao artigo 6º do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coords.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009

CASTELLO BRANCO, Elcir. Aceitação de proposta de contrato. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, Saraiva, 1977

CASTEX, Manuel Arauz . *La ley de ordem público*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1945

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

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. (contratos; recuperação de empresas)

COLLINS, Hugh. Justiça social no direito contratual europeu: um manifesto. *Revista Trimestral de Direito Civil* nº 31, jul.- set. 2007

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69.

DESCARTE, René. *Carta-prefácio dos princípios da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

DIÉZ-PICAZO, Luiz. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1983. v. I. I

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processo civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009,

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol 3 . Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 30ª ed., 2014

_____, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo, Saraiva, 14ª ed., 2001

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado: tese apresentada para o concurso à cátedra de direito internacional da UERJ*: Rio de Janeiro, 1979

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coords.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009

_____, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva. Incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999

FERNANDES NETO, Guilherme. *O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor* – cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999

FERRARA. Luigi Cariota. *El Negocio Jurídico*. 1ª ed. Madrid: Aguilar, 1956.

FERRARA, Waldemar Martins. *El negocio jurídico*, 1ª ed., Madrid: Aguilar, 1956

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Negócio jurídico de consumo. Boletim do Ministério da Justiça nº 273, 1978

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999

FERREYRA, Edgard. *Principales Efectos de la Contratación Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978

FERRI, Luigi. *Lezioni sul contratto*, 1ª ed., Bologna: Petron, 1975

FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do Consumidor nos Contratos de Turismo*. 1ª ed., Bauru, SP – Ed. Edipro, 2003

FILOMENO. José Geraldo Brito. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forenses Universitária, 2007

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva: 2000

FONTAINE, Marcel. Apud GHESTIN, Jacques. *La protection de la partie faible dans le rapports contractuel: comparaison-franco-belges*. Paris: LGDJ, 1996

FRIEDMANN apud GARRIDO, Roque Fortunato; ZAGO Jorge Alberto. *Contratos civiles y comerciales*, 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998

GALVÃO TELES, Inocêncio. Aspectos comuns aos vários contratos – Exposição de motivos referente ao título do futuro Código Civil português. Revista Forense nº 88, 1951

GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes e excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor*

GOMES, Orlando. *Contratos*. Editora Forense, 26ª ed., 2007

_____, Orlando. *Transformações gerais dos direitos das obrigações*: São Paulo: Ed. RT, 1980

GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Contrato*, 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 3: Contratos e Atos Unilaterais..- 12ª, ed- São Paulo: Saraiva, 2015

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, abril/jun. 2000

GONZAGA, Alvaro de Azevedo, DE CICCIO, Cláudio. Teoria Geral do Estado e Ciência Política, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles e comerciales*. Buenos Aires: Ástea. 1990, apud GIACOMINI, Daniel Orfale. *A devolução das quantias pagas pelos consumidores desistentes excluídos dos contratos de consórcio à luz da Lei 11.795/08 e do Código de Defesa do Consumidor*

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, 1995

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vaconcellos. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

_____, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973

_____, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975

GROSSFELD. Bernard. Global accounting: where interest meets geography. *The American Journal of Comparative Law* 48, 2000

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008

HABERMAS, Jurgen. Legitimation Crisis. London: Heinemann, 1976

HIPPEL. Eike von. Defesa do Consumidor. Boletim do Ministério da Justiça nº 273, 1978

HOUAISS, Antônio (1915-1999); VILLAR, Mauro de Selles. *Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004

IHERING. Rudolf Von apud LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969

IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2. p. 353, ano LII.1998

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. RT nº 759, 1999

_____,Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. Porto Alegre: UFRG, 2003

_____,Erick. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Kluwer, Doordrecht, 1995

KELSEN, Hans . Teoria Pura do Direito. São Paulo : Martins Fonte, 1999

KLOEPFER, Michael. Informationsrecht. Munique: Beck, 2002

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 92; BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Fundamentos de metodologia: um guia para a iniciação científica*. 2. ed. ampliada. São Paulo: Makron Books, 2000

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. Munique: Beck, 1977, apud MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011

LEITE, Gisele. A evolução doutrinária do contrato. Revista Âmbito Jurídico. Acesso em 7 de nov. 2017

LENZI, Giseli Ilana. A crise do crédito do consumidor à luz da Lei 8078/1990. Tese de Doutorado em Direito – PUCSP, 2017

LIPOVETSKY, Gilles. *La era del vacío – Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*. 9. ed. Madrid: Anagrama, 1996

LÔBO NETO, Paulo Luiz. A informação como direito fundamental do consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria (Orgs.). *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

LORENZETTI. Ricardo Luis. Comercio Eletrônico. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2001

LUHMANN, Nicklas apud MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? Revista do Direito do Consumidor nº 57

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. Ed. Max Limonad. São Paulo: 1998

MAIORCA, Sergio. *Il contratto: profili della disciplina generale*. Torino: G. Giappichelli, 1981

MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1993

MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais - 6ª ed.* Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011

_____, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

_____, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, vol. 1 e 2, 1984

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 2009

MONTE, Mário Ferreira. *Da proteção penal do consumidor*. Coimbra: Almedina 1996

MONTEIRO, Antônio Pinto; PÍNTO, Paulo Mota, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil – Coimbra: Ed. Coimbra*, 2005

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999

MORAES, Voltaire de Lima. *Das Preliminares no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000

MORIN, Gaston, apud REALE. Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da *et al.* *Direito constitucional*. Concursos públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996

MUKAI, Toshio. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do Direito Civil obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e transição de autonomia da vontade para a autonomia privada. In: Renan LOTUFO (Coord). *Cadernos de autonomia privada*. Curitiba: Juruá, 2001

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

_____, Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais. In: O novo Código Civil: em homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord.de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Inves Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003

_____, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

_____, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* nº 3 – São Paulo: RT, 1992

_____, Nelson. *Da proteção contratual*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

_____, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Instituições de direito civil. Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

_____, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT: 5ª ed. 2007

_____, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: (doutrina e jurisprudência)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

PASQUALOTTO, Adalberto. *A boa-fé nas obrigações civis*. Porto Alegre: Edipucrs, 1977

PAVAM, Patrícia Caldeira. O Ministério Público e a defesa em juízo do direito individual e homogêneo do trabalhador. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito CIVIL. Vol III - Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da internet. São Paulo: Edipro, 2000

PORTO, Renato Cesar de Araujo. A ética na garantia de proteção da vulnerabilidade agravada do consumidor virtual. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado, 2016

_____, Renato Cesar de Araujo. *Publicidade Digital: A influência da internet nas escolhas do público infante juvenil*. São Paulo: Saraiva, 2014

POUGHON, Jean Michel. *Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat*. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique* 12

PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra. Almedina. 1982

RAMSEY, Iain. Consumer Protection Text and Materials, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1991

REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil. 2. Ed. Reformulada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999

REICH, Norbert. Relatório sobre a aplicação da diretiva europeia (97/7/CE de 20.05.1997) sobre serviços financeiros e as novas tecnologias. RDC nº 45, 2003

RIZZARDO Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

_____, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

_____, Luiz Antônio. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

_____, Luis Antônio. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, 30ª ed., 2004.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988

SALEILLES. Raymond. *La Théorie Générale de L'Obligations*, Demogue, vol I, 1914

SANTORO-PASSARELLI, Francisco. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra. Atlântida, 1967

SANTOS. Antônio Jeová. Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos. São Paulo: Ed. Método, 2002

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009

SAVATIER, René apud PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, que o contrato no século XIX era medido na escala do homem, do indivíduo, e no século XX coloca-se na escala da coletividade, *Direito Civil – Alguns Aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, Biblioteca de Direito do Consumidor – 32 – São Paulo – Revista dos Tribunais, 2007

_____, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor*. Um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009

SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 17, 1996

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

_____, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012

STIGLITZ, Rubén. Contratos civiles y comerciales. Parte general. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998

TALLON, Denis. *L'évolution des idées em matière de contrat: survol comparatif*. Droits 12

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Cláusula “rebus sic stantibus” ou teoria da imprevisão – revisão contratual. Belém: CEJUP, 1989

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2006

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____, Humberto. *Direito do consumidor*. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

TOURRAINE, Alian. Crítica da modernidade. Lisboa: Instituto Piaget, 1994

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol.2, 14ª ed., 2014

VILLAS BOAS, Regina Vera, JUNIOR, Wilson José Vinci. Prescrição e Decadência no cenário do direito do consumidor: relação entre o direito e o tempo na contemporaneidade. < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/25-90-2-pb.pdf>>. Acesso em 10. Nov. 2017

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

WIEACKER, Franz. *El principio general dela buena fé*. Madri: Civitas, 1977

WIEBE, Andreas. Die elektronische Willenserklärung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

ALMEIDA, Jesus Cláudio Pereira. SAC – serviço de atendimento ao consumidor. Disponível em: <http://www.surveymonkey.com>. Acesso em 02 jan 2018.

<www.oas.org/dil/esp/Codigo Civil de la Republica Argentina>. Acesso em 12.mai.2107

<<http://bdjur.almedina.net>>- Código Civil - LIVRO II - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES - TÍTULO I - Das obrigações em geral .CAPÍTULO II - Fontes das obrigações ,SECÇÃO I – Contratos SUBSECÇÃO VII - Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Acesso em: 07.mai.2017.

<<http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-italia/articulo-1375.php>>.Acesso em 12.12.2017

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>>- acesso em 12.mai.2017.

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/862095.pdf>>- Acesso em 12 dez. 2017

SURVEYMONKEY INC. San Mateo, Califórnia – EUA. Disponível em www.surveymonkey.com. Acesso em 01 dez. 2017 a 31 dez 2017.

ANEXO

DECRETO Nº 6.523, DE 31 DE JULHO DE 2008.

Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990,

DECRETA:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC por telefone, no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, com vistas à observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços.

CAPÍTULO I

DO ÂMBITO DA APLICAÇÃO

Art. 2º Para os fins deste Decreto, compreende-se por SAC o serviço de atendimento telefônico das prestadoras de serviços regulados que tenham como finalidade resolver as demandas dos consumidores sobre informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento de contratos e de serviços.

Parágrafo único. Excluem-se do âmbito de aplicação deste Decreto a oferta e a contratação de produtos e serviços realizadas por telefone.

CAPÍTULO II

DA ACESSIBILIDADE DO SERVIÇO

Art. 3º As ligações para o SAC serão gratuitas e o atendimento das solicitações e demandas previsto neste Decreto não deverá resultar em qualquer ônus para o consumidor.

Art. 4º O SAC garantirá ao consumidor, no primeiro menu eletrônico, as opções de contato com o atendente, de reclamação e de cancelamento de contratos e serviços.

§ 1º A opção de contatar o atendimento pessoal constará de todas as subdivisões do menu eletrônico.

§ 2º O consumidor não terá a sua ligação finalizada pelo fornecedor antes da conclusão do atendimento.

§ 3º O acesso inicial ao atendente não será condicionado ao prévio fornecimento de dados pelo consumidor.

§ 4º Regulamentação específica tratará do tempo máximo necessário para o contato direto com o atendente, quando essa opção for selecionada.

Art. 5º O SAC estará disponível, ininterruptamente, durante vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana, ressalvado o disposto em normas específicas.

Art. 6º O acesso das pessoas com deficiência auditiva ou de fala será garantido pelo SAC, em caráter preferencial, facultado à empresa atribuir número telefônico específico para este fim.

Art. 7º O número do SAC constará de forma clara e objetiva em todos os documentos e materiais impressos entregues ao consumidor no momento da contratação do serviço e durante o seu fornecimento, bem como na página eletrônica da empresa na INTERNET.

Parágrafo único. No caso de empresa ou grupo empresarial que oferte serviços conjuntamente, será garantido ao consumidor o acesso, ainda que por meio

de diversos números de telefone, a canal único que possibilite o atendimento de demanda relativa a qualquer um dos serviços oferecidos.

CAPÍTULO III

DA QUALIDADE DO ATENDIMENTO

Art. 8º O SAC obedecerá aos princípios da dignidade, boa-fé, transparência, eficiência, eficácia, celeridade e cordialidade.

Art. 9º O atendente, para exercer suas funções no SAC, deve ser capacitado com as habilidades técnicas e procedimentais necessárias para realizar o adequado atendimento ao consumidor, em linguagem clara.

Art. 10. Ressalvados os casos de reclamação e de cancelamento de serviços, o SAC garantirá a transferência imediata ao setor competente para atendimento definitivo da demanda, caso o primeiro atendente não tenha essa atribuição.

§ 1º A transferência dessa ligação será efetivada em até sessenta segundos.

§ 2º Nos casos de reclamação e cancelamento de serviço, não será admitida a transferência da ligação, devendo todos os atendentes possuir atribuições para executar essas funções.

§ 3º O sistema informatizado garantirá ao atendente o acesso ao histórico de demandas do consumidor.

Art. 11. Os dados pessoais do consumidor serão preservados, mantidos em sigilo e utilizados exclusivamente para os fins do atendimento.

Art. 12. É vedado solicitar a repetição da demanda do consumidor após seu registro pelo primeiro atendente.

Art. 13. O sistema informatizado deve ser programado tecnicamente de modo a garantir a agilidade, a segurança das informações e o respeito ao consumidor.

Art. 14. É vedada a veiculação de mensagens publicitárias durante o tempo de espera para o atendimento, salvo se houver prévio consentimento do consumidor.

CAPÍTULO IV

DO ACOMPANHAMENTO DE DEMANDAS

Art. 15. Será permitido o acompanhamento pelo consumidor de todas as suas demandas por meio de registro numérico, que lhe será informado no início do atendimento.

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, será utilizada seqüência numérica única para identificar todos os atendimentos.

§ 2º O registro numérico, com data, hora e objeto da demanda, será informado ao consumidor e, se por este solicitado, enviado por correspondência ou por meio eletrônico, a critério do consumidor.

§ 3º É obrigatória a manutenção da gravação das chamadas efetuadas para o SAC, pelo prazo mínimo de noventa dias, durante o qual o consumidor poderá requerer acesso ao seu conteúdo.

§ 4º O registro eletrônico do atendimento será mantido à disposição do consumidor e do órgão ou entidade fiscalizadora por um período mínimo de dois anos após a solução da demanda.

Art. 16. O consumidor terá direito de acesso ao conteúdo do histórico de suas demandas, que lhe será enviado, quando solicitado, no prazo máximo de setenta e duas horas, por correspondência ou por meio eletrônico, a seu critério.

CAPÍTULO V

DO PROCEDIMENTO PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS

Art. 17. As informações solicitadas pelo consumidor serão prestadas imediatamente e suas reclamações, resolvidas no prazo máximo de cinco dias úteis a contar do registro.

§ 1º O consumidor será informado sobre a resolução de sua demanda e, sempre que solicitar, ser-lhe-á enviada a comprovação pertinente por correspondência ou por meio eletrônico, a seu critério.

§ 2º A resposta do fornecedor será clara e objetiva e deverá abordar todos os pontos da demanda do consumidor.

§ 3º Quando a demanda versar sobre serviço não solicitado ou cobrança indevida, a cobrança será suspensa imediatamente, salvo se o fornecedor indicar o instrumento por meio do qual o serviço foi contratado e comprovar que o valor é efetivamente devido.

CAPÍTULO VI

DO PEDIDO DE CANCELAMENTO DO SERVIÇO

Art. 18. O SAC receberá e processará imediatamente o pedido de cancelamento de serviço feito pelo consumidor.

§ 1º O pedido de cancelamento será permitido e assegurado ao consumidor por todos os meios disponíveis para a contratação do serviço.

§ 2º Os efeitos do cancelamento serão imediatos à solicitação do consumidor, ainda que o seu processamento técnico necessite de prazo, e independe de seu adimplemento contratual.

§ 3º O comprovante do pedido de cancelamento será expedido por correspondência ou por meio eletrônico, a critério do consumidor.

CAPÍTULO VII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 19. A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990, sem prejuízo das constantes dos regulamentos específicos dos órgãos e entidades reguladoras.

Art. 20. Os órgãos competentes, quando necessário, expedirão normas complementares e específicas para execução do disposto neste Decreto.

Art. 21. Os direitos previstos neste Decreto não excluem outros, decorrentes de regulamentações expedidas pelos órgãos e entidades reguladores, desde que mais benéficos para o consumidor.

Art. 22. Este Decreto entra em vigor em 1º de dezembro de 2008.

Brasília, 31 de julho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro