

CLARISSA TAKEDA SOGA

**A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS
CONTRATOS**

São Paulo
2012

CLARISSA TAKEDA SOGA

**A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS
CONTRATOS**

Trabalho de Pós-Graduação apresentado como requisito para a obtenção do título de pós graduada em Direito, na Pontifícia Universidade Católica/COGEAE.

Orientadora: Prof. Terezinha de Oliveira Domingos

São Paulo

2012

CLARISSA TAKEDA SOGA

**A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS
CONTRATOS**

Trabalho de Pós-Graduação apresentado como
requisito para a obtenção do título de pós
graduada em Direito, na Pontifícia Universidade
Católica/COGEAE.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Nome do componente
Pontifícia Universidade Católica

Nome do componente
Pontifícia Universidade Católica

Nome do componente
Pontifícia Universidade Católica

Aos meus pais e meu irmão, que são minhas fontes de inspiração e donos do meu amor e carinho incondicionais.

Ao Bruno, minha cara metade, que tanto me ensina sobre a vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha professora orientadora, Terezinha de Oliveira Domingos que, pacientemente e inúmeras vezes, revisou este trabalho e me ofereceu dicas valiosas.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso de pós-graduação e especialização em Direito Contratual visa a explicar os Contratos de Consumo, enquanto instrumentos que celebram a relação entre fornecedores de mercadoria ou prestadores de serviços e os consumidores, e que pode não representar, necessariamente, a declaração de vontade das partes, mas sim, a simples exposição de previsões das condições que nortearão suas relações. Além disso, o presente trabalho de conclusão de curso de pós-graduação e especialização em Direito Contratual objetiva oferecer uma visão geral sobre a forma como o Sistema do Código de Defesa do Consumidor influencia esses instrumentos particulares.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos, Consumidor, Teorias Contratuais, Microssistemas de Direito, Conceitos Consumeristas.

ABSTRACT

The present work for graduation and specialization in Contract Law aims to explain the Consumer Contracts, as tools that celebrate the relationship between suppliers of goods or service providers and consumers that may not represent necessarily the declaration of intention of the parties, but the mere display of forecasts of conditions that will guide their relations. Furthermore, the present work for graduate and specialization in Contract Law aims to offer an overview of how the Code of Consumer influences these particular instruments.

KEY-WORDS: Contracts/Agreements, Consumer, Contractual Theories, Microsystems of Law, Concepts of Consumption

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1: HISTÓRICO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	11
CAPÍTULO 2 – TEORIA TRADICIONAL DOS CONTRATOS.....	15
2.1 Origens da concepção tradicional dos Contratos.....	15
2.2 Crise da Teoria Tradicional dos Contratos.....	18
2.3 Teoria Geral dos Contratos no âmbito do Direito Privado Brasileiro antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.....	20
CAPÍTULO 3 – TEORIA CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS.....	22
CAPÍTULO 4 – O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO MICROSSISTEMAS DO DIREITO PRIVADO.....	26
4.1 Lei nº 8.935/1994 - O Notariado.....	26
4.2 O Direito do Trabalho – Decreto–Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).....	27
4.3 O Direito Agrário – Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964).....	29
4.4 A Lei do Inquilinato – Lei nº 8.245/1991.....	30
4.5 Direito Imobiliário.....	31
4.6 O Código de Defesa do Consumidor.....	32
CAPÍTULO 5 – CONCEITOS BÁSICOS APRESENTADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	34
5.1 Definição de Consumidor.....	35
5.2 Definição de fornecedor.....	37
5.3 Definição de Produtos e Serviços.....	39
5.4 Responsabilidade da Pessoa Física ou Jurídica enquanto fornecedor de produtos ou serviços.....	40

CAPÍTULO 6 – OS CONTRATOS NO SISTEMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	42
6.1 Da proteção contratual do consumidor.....	43
6.1.1 Principais Princípios Contratuais previstos no Código de Defesa do Consumidor.....	44
6.1.1.1 Princípio da Transparência.....	45
6.1.1.2 Princípio da Boa-Fé.....	45
6.1.1.3 Princípio da Equidade.....	45
6.2 Possíveis prejuízos ao consumidor advindos dos contratos por ele firmados.....	46
6.3 Nulidade e Anulabilidade.....	48
6.4 A responsabilidade pré-contratual do fornecedor de produtos ou serviços.....	51
6.4.1 A Oferta.....	52
6.5 O Contrato de Adesão como instrumento tipicamente utilizado no âmbito do Direito do Consumidor.....	53
CONCLUSÕES	57
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUÇÃO

As transformações sociais, econômicas e culturais sofridas pela sociedade, sua atitude perante os acontecimentos econômicos ao longo dos anos, em especial após as duas Grandes Guerras Mundiais, influenciaram diversos aspectos dos instrumentos particulares utilizados para a celebração das relações entre fornecedores de produtos ou prestadores de serviços e os consumidores.

As relações entre os particulares ou mesmo aquelas decorrentes da intervenção do Poder Público, são refletidas em seus respectivos instrumentos, quer sejam meramente civis ou qualificadas como consumeristas.

Como é sabido, nas relações envolvendo consumidores, sempre há o risco de que esses contratantes sejam desfavorecidos, seja em decorrência de sua fragilidade econômica, desconhecimento jurídico ou por sua ignorância técnica, política ou informativa.

Assim, para que sejam elaborados instrumentos justos e equilibrados, imprescindível que sejam fomentados parâmetros às relações consumeristas, conferindo maior proteção ao elo reconhecidamente mais vulnerável – os consumidores.

No presente trabalho serão pormenorizadas teorias que norteiam os contratos e, os aspectos decorrentes da influência do Código de Defesa do Consumidor nesses instrumentos.

HISTÓRICO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Antes de manter uma relação com determinado prestador de serviços ou fornecedor de produtos e, a fim de resguardar interesses e proteger direitos, procuramos estabelecer as condições que irão nortear tal operação. Isso pode resultar na assinatura de um instrumento escrito ou não. Muitas relações contratuais são verbais, quer seja por seu caráter rotineiro, quer seja por sua relevância economicamente diminuta.

É da natureza dos homens tentar garantir que a outra parte não se valha de má-fé e cumpra efetivamente o que tenha sido acordado. Trata-se da necessidade de se garantir contra eventuais prejuízos. Neste sentido, cita-se a seguinte jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO. CONTRATO. COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEL E DERIVADOS. AÇÃO DE RESCISÃO. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL PELO COMPRADOR COMPROVADO. RECURSOS DOS RÉUS IMPROVIDOS. A estipulação das quantidades mínimas de aquisição de combustível fixadas no contrato e o caráter de exclusividade não foram observados pela empresa compradora-ré, o que autorizou a rescisão do contrato, rejeitado argumento de ter ocorrido prorrogação automática do mesmo. APELAÇÃO. CONTRATO. COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEL E DERIVADOS. RESCISÃO. PENALIDADES. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE. 1.- Acordado mútuo em pacto acessório, a infringência de cláusulas posterior pelo mutuário ensejadora da rescisão á respaldo do contrato, enseja a recomposição monetária em prol do mutuante, com aplicação da respectiva multa nele prevista. 2.- Sem prejuízo, cláusula penal exigida por infringência contratual que perdurou por muito tempo não pode ser aplicada com base na teoria da 'supressio' , que se pela tolerância, a longo prazo, contrária ao que restou pactuado entre as partes. Reconhecida na doutrina, com reflexos na jurisprudência, deve ser aplicada como instrumento adequado de viabilização da boa-fé objetiva e função social do contrato em busca da efetividade social. Daí, inaplicável a sanção cominada na cláusula 4.2. do contrato.¹

1 101650-68.2006.8.26.0006 Apelação. Relator(a): Adilson de Araujo. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado

Ainda do início da humanidade, essa forma de organização deixa transparecer a tentativa de evidenciar que o contrato, como meio de celebração de um “pacto” e suas possíveis consequências sempre estiveram em consonância com o momento social, econômico e político e, por conta disso, o seu progresso ocasionaria transformações significativas no conceito e aplicação dos contratos.

Desse modo, a concepção de contrato, sempre caminhando de mãos dadas com a evolução da sociedade, alimenta-se de seus acontecimentos, molda-se aos seus preceitos, às suas necessidades, aos seus costumes e obedece aos seus princípios.

O estudo do surgimento dos contratos na sociedade poderá ser mais claramente entendido se nos orientarmos por meio das divisões do Direito ao longo da história da humanidade. De maneira sumária, pode-se dividir o direito em romano (Idade Antiga), germânico e canônico (ambos ocorridos durante a Idade Média)².

Majoritariamente, costuma-se pontuar que o surgimento efetivo e significativo dos contratos, na forma como se viu até pouco tempo atrás, se deu com o direito romano - base estrutural e originária das diversas ramificações do direito contemporâneo, não há como negar³.

Neste sentido, Flávia Lages de Castro nos ensina que a importância do Direito Romano faz-se óbvia quando comparamos o Direito Romano com nosso Direito Civil. Nada menos que oitenta por cento dos artigos do nosso Código foram confeccionados direta ou indiretamente nas fontes jurídicas romanas⁴.

O período romano é considerado marco inicial para as preceituações a respeito da matéria em comento. Nesse período, o contrato diferenciava-se de duas outras instituições: a convenção e o pacto.

Enquanto a convenção possuía um sentido genérico para toda espécie de ato ou negócio bilateral, ao termo "pacto" era atribuído significado mais restrito, visto que era utilizado para designar as cláusulas acessórias que

² CASTRO, Flávia Lages. *História do Direito Geral e Brasil*. p. 77.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. p. 18.

⁴ CASTRO, Flávia Lages. *História do Direito Geral e Brasil*. p. 83.

aderem a uma convenção ou contrato, de modo a definir-lhes seus efeitos naturais.

Ao pacto, por consequência não se poderia atribuir qualquer força cogente, no sentido de ser apto a embasar uma pretensão deduzida em juízo, mas podia ser perfeitamente alegado como matéria de defesa.

Nesse sentido, diz-se que: “*Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*⁵”, ou seja, o pacto, isolado, não gera obrigação, mas sim exceção.

Quando da aplicação severa da Lei das XII Tábuas, as partes deveriam ater-se à correta pronúncia das palavras, atentando-se, ainda, para as formas contratuais a serem seguidas. E, era dessa forma que se elaborava um contrato.

Após a queda do Império Romano, surge menos desenvolvido e, por consequência, com menor intensidade, o Direito Germânico, no qual o conceito de contrato baseava-se menos na força das palavras e mais no cumprimento de um ritual.

Neste período, os pactos aconteciam como se cumprissem um modelo simbólico, vez que predominantemente não se utilizavam da escrita e mantinham uma organização judiciária de tradição eminentemente tribal, ao lado da manutenção do direito consuetudinário, o qual resultava de normas diversas.

Em seguida, com a supremacia da Igreja Católica, o declínio do poder laico e real, viu-se despontar no Direito Canônico a apresentação escrita com a adoção de costumes e princípios trazidos do Direito Romano, somados aos decretos papais e a “*jus divinum*” proveniente da Bíblia.

Para elucidar este período que estaria por vir, utilizava-se, na Roma Antiga, o seguinte ditado: “*Verba volant, scripta manent*”⁶, ou seja, as palavras voam, os escritos permanecem.

⁵Digesto. 2, 14, 7, 4. Disponível em <http://psychclassics.yorku.ca/Baldwin/Dictionary/defs/C4defs.htm>, acesso em 03/03/2012.

⁶ Dicionário Jurídico. http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/98/11/981. Acesso em 10/04/2012.

Nota-se que a estipulação de condições por meio de práticas ritualizadas dá espaço à forma escrita, momento no qual ganha força a chamada “*traditio cartae*” - carta de entrega, ou seja, o documento escrito torna-se relevante e, além disso, são acrescentados elementos latentes de obrigatoriedade contratual entre as partes, justamente pela influência da Igreja.

Nessa fase, o contrato surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relação entre sujeitos de direitos e, indistintamente, a qualquer pessoa, não importando a posição ocupada, nem tampouco, sua condição social.

Na realidade, o que importava era o valor das mercadorias, suas equivalências e seus respectivos valores de uso e parâmetro de troca. Não se ia além disso, pois nem mesmo se distinguia se o objeto contratual tratava-se de um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário.

O contrato, assim, tomou forma ao longo das passagens acima detalhadas, de modo a se compor em um instrumento cuja idéia básica fundante poderia ser postulada, em suma e de maneira pouco mais genuína da seguinte forma: o contrato teria sido o instrumento que se manifestou, em um primeiro momento histórico, como um acordo de vontades, entre duas ou mais pessoas, com conteúdo patrimonial, para adquirir, conservar ou extinguir direitos, definição que, atente-se, veio a ser adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, em seu art. 81⁷, a seguir transcrito:

O artigo 81 do Código Civil de 1916 dispõe: Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico (Código Civil de 1916).

Posteriormente, adotou-se outra postura, conforme será verificado nos capítulos seguintes.

TEORIA TRADICIONAL DOS CONTRATOS

2.1 Origens da concepção tradicional dos Contratos

A relevância dada à promessa, trazida nos instrumentos escritos fez com que o ritualismo exacerbado, bem como a solenidade saíssem definitivamente de cena para dar lugar ao simples pacto que originaria, da mesma forma, uma obrigação jurídica.

A Teoria Tradicional dos Contratos pode ser traduzida como aquela em que se preserva a autonomia da vontade das partes como elemento fundamental na formação e elaboração dos contratos.

A autonomia da vontade era pedra angular do direito. Não é à toa que esse período ficou conhecido pelo liberalismo econômico e o chamado voluntarismo do direito.

No que tange à autonomia da vontade combinada com a boa-fé contratual, é possível destacar o seguinte julgado:

APELAÇÃO AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE LIMINAR COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO SEGURO DE VIDA RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA SEGURADORA CONTRATO VIGENTE POR MAIS DE 15 ANOS AUTONOMIA DA VONTADE BOA-FÉ DANOS MORAIS CONFIGURADOS RECURSO PROVIDO⁸.

Nos tempos liberais, após a Revolução Francesa, a justiça que presidia as relações privadas era chamada de “comutativa” por Aristóteles, a qual visava a realizar uma igualdade perfeita entre as partes, consideradas sob o ponto de vista econômico, desprezando-se sua condição pessoal, bem como as implicações sociais decorrentes daquela tratativa.

8 Processo:APL 9100801582006826 SP 9100801-58.2006.8.26.0000. Relator(a): Alfredo Attié. Órgão Julgador: TJ/SP, 27ª Câmara de Direito Privado.

A força vinculante do contrato era incontestável, não sendo possível à parte furtar-se ao seu cumprimento, mesmo que circunstâncias de fato supervenientes o tornassem excessivamente oneroso.

Seguindo essa orientação, o Código de Napoleão determina expressamente, em seu art. 1.134, que as convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes, tal como se observa da seguinte redação: Art. 1.134 *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*⁹.

O Brasil serviu-se de paradigmas das mais diversas consolidações e codificações, inclusive, como aquela levada a cabo por Clóvis Beviláqua. Nesse sentido, observa o Professor Silvo de Salvo Venosa:

A preponderância da autonomia da vontade no direito obrigacional, e como ponto de partida do negócio jurídico, nos vem dos conceitos traçados para o contrato no código francês e no código alemão¹⁰.

Diante das noções de livre arbítrio e da capacidade de escolha do indivíduo, as quais passam a qualificá-lo como pessoa moral capaz de fazer escolhas, os doutrinadores franceses estabeleceram as quatro origens da autonomia da vontade no direito: direito canônico, teoria do direito natural contratualista, teoria da ordem política e Revolução Francesa e teorias econômicas e o liberalismo.

O direito canônico, conforme destacado anteriormente, serviu para conferir obrigatoriedade a esse instrumento, por conta da defesa de que a promessa, por si só, seria suficiente para ocasionar a obrigatoriedade entre as partes.

O direito natural, por sua vez, elevou a autonomia da vontade das partes de tal forma a deixar evidente um dos preceitos mais importantes para o regime jurídico dos contratos: a liberdade contratual, a qual gira em torno de três preceitos (a faculdade de contratar ou não, a liberdade de escolher a outra

⁹ As convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. p. 19.

parte contratante e, ainda a disponibilidade para decidir acerca da formação do conteúdo contratual).

Com a Revolução Francesa, quando do advento da camada burguesa da sociedade que se encontrava abastada, porém politicamente contida, lança-se o ideal de organização política do Estado por meio do contrato.

Nesse período, a liberdade estava preceituada na emblemática mensagem: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*. Para *Rosseau*¹¹, os homens, uma vez livres, estariam aptos a unir suas vontades para formação da sociedade.

Já, em tempos pouco mais recentes, as teorias econômicas vigentes no século XVIII, com a necessidade de livre circulação das riquezas na sociedade, ofereceram a liberdade como a cura universal.

Com a doutrina clássica da formação dos contratos, o contrato sempre seria tido como um instrumento justo, vez que surgiu de acordo com a vontade das partes e, mais do que isso, como algo que tenha sido verdadeiramente querido por elas.

Além disso, presumia-se que a formação dos contratos traria um dos elementos mais importantes a essas partes: o equilíbrio das prestações.

A autonomia de vontade garantia a expressão de vontade das partes, sem que isso pudesse ser, necessariamente, entendido como resultante de um instrumento justo entre os contratantes.

A crítica que pode ser revelada aqui é a de que a liberdade de contratar, se levada às últimas conseqüências, como ocorreu no século XIX, implica na possibilidade da ocorrência de desequilíbrios sociais, como os decorrentes da industrialização¹², como a seguir pode ser percebido.

¹¹ Jean-Jacques Rousseau (Genebra, 28/06/1712 - Ermenonville, 02/07/1778) foi um filósofo suíço, escritor, teórico político e um compositor musical autodidata. Uma das figuras marcantes do Iluminismo francês, Rousseau é também um precursor do romantismo (http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean-Jacques_Rousseau - Acesso em 03/03/2012).

¹² Industrialização é o processo sócio-econômico que visa transformar uma área da sociedade inicialmente retrógrada em uma fonte de maior riqueza e lucro. Por meio da implantação de um maquinário próprio em indústrias de todos e quaisquer tipos, o qual substitui algumas funções antes exercidas pelo homem.

A presunção absoluta, *juris et de jure*¹³, de que as partes contratantes se encontram em igualdade de posições deixou em desamparo a classe operária que naquele período, oprimida pela miséria, sujeitava-se a cargas de trabalho excessivas, em troca de remuneração aviltante.

Foi a evolução do pensamento de que a liberdade de contratar deve sofrer limitações pelo Estado.

Assim, a Teoria Tradicional dos Contratos não mais perduraria, diante da possibilidade de gerar insegurança às partes contratantes.

2.2 Crise da Teoria Tradicional dos Contratos

O contrato encontra-se no rol dos institutos mais importantes do ramo do Direito Civil. E, nessa esteira, a idéia de contrato transcende o direito das obrigações. Em tempo não muito antigo, com o advento da lei do divórcio, em 1977¹⁴, verificou-se que, ao acabar com a indissolubilidade do casamento, o aspecto contratual desse instituto tornou-se explícito.

A importância do contrato vem claramente refletida pela sociedade do *homo aeconomicus*, visto que as relações mercantis e comerciais invadem a preocupação dessas pessoas de maneira preponderante.

Ainda sobre o tema, Caio Mario da Silva Pereira¹⁵ nos ensina que “o mundo moderno é o mundo dos contratos”.

Neste cenário, destaca-se o declínio da teoria tradicional dos contratos em detrimento dos fatos. Abandona-se a ideia da vontade em obediência aos interesses das partes. E a crise desta teoria deve ser vista como ruptura e posterior adequação à uma nova realidade.

Justamente após as duas grandes Guerras Mundiais, a sociedade experimentou grande crescimento econômico que proporcionou à população o

¹³ “*Juris et de jure*” - A expressão “De direito e por direito” refere-se à presunção que não admite prova em contrário. (Dicionário Jurídico. Disponível em http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/98/11/981. Acesso em 03/03/2012)

¹⁴ Lei 6.515/1977 “Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. p. 59

ingresso no mundo do consumo. Com isso, surgiu o chamado “mercado de massa”, em geral, objeto de oligopólio (explorado por poucas empresas), o que não proporciona igualdade de posições às partes.

Do ponto de vista econômico, o consumidor é entendido de acordo com a Teoria Finalista¹⁶. Ele pode apenas anuir ou não com o contrato, mas não discutir as suas cláusulas. Este consumidor não tem liberdade contratual, isto é, de acertar o teor do contrato, mas liberdade de contratar, de concordar ou não em submeter-se aos efeitos deste instrumento.

No Brasil, a questão desenvolveu-se na década de 80, com a criação da atual Constituição Federal, a qual culminou no CDC, tal como se observa da redação do seu artigo 170, inciso V a seguir transcrito:

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

V - defesa do consumidor;

Constatou-se que a vontade na formação dos contratos, ainda que autônoma e sem vícios, acaba por ser condescendente com a prevalência do mais forte, prejudicando o equilíbrio entre as partes que deveria estar configurada.

Atualmente, encontramos uma sociedade que passou a valorizar bens em outra escala, serviços em detrimento do trabalho humano direto, daquilo que não se pode medir, do transitório.

Todos esses aspectos serviram para culminar no direito contratual em notável fase evolutiva, o qual vem sofrendo certo dirigismo contratual, prevalecendo sobre a tradicional liberdade privada de regulação dos negócios jurídicos.

¹⁶ A teoria finalista é restritiva, ela parte de um conceito econômico de consumidor e entende que não basta ser o adquirente ou destinatário final fático do bem ou serviços, deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. O consumidor aqui é o não profissional e somente ele merece a proteção do Código de Defesa do Consumidor. (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. p.35)

Os chamados “contratos coativos” – decorrentes da lei, passaram a ganhar maior significância e substituíram em peso os conhecidos “contratos necessários”, em que se respeitavam as liberdades de contratar e a contratual, tornando-se evidente que as instruções pré-definidas davam lugar aos fatos.

No entanto, importante faz-se destacar a seguinte jurisprudência sobre este contrato coativo:

Ação indenizatória - Seguro habitacional - Imóvel financiado pela CDHU - Danos decorrentes de vícios de construção - Imprudência - Inconformismo - Acolhimento - Existência do dever de indenizar - Contrato coativo - Não prevalência de cláusula excludente de danos decorrentes de vícios de construção - Abusividade da estipulação contratual - Obrigação da seguradora fiscalizar o objeto do seguro - Sentença reformada - Ação procedente - Recurso provido¹⁷.

2.3 Teoria Geral dos Contratos no âmbito do Direito Privado Brasileiro antes do advento do Código de Defesa do Consumidor

Anteriormente à criação do CDC, o ordenamento jurídico via-se obrigado a aplicar o Código Civil aos casos concretos e, justamente por conta da falta de especificidade e peculiaridade com os quais eram tratados, muitos doutrinadores acreditam que tenhamos solucionado tais casos de maneira equivocada.

O Código Civil de 1916 é tipicamente um código liberal, do ponto de vista econômico, adaptado, no mais, em especial em matéria de família, a uma sociedade ainda bastante conservadora.

Assim, o Código Civil de 1916 não poderia admitir teorias da imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*¹⁸, por exemplo. Isso porque ansiava-se pela concretização dos acontecimentos posteriores à contratação, assim como se primava a segurança e a estabilidade das relações entre as partes, não

17 Processo:CR 2130244200 SP. Relator(a): Grava Brazil. Órgão Julgador: TJ/SP, 9ª Câmara de Direito Privado.

18 A cláusula *rebus sic stantibus*, atualmente, pode ser encontrada sob a denominação de teoria da imprevisão. A teoria da imprevisão, por sua vez, consiste no reconhecimento de que a ocorrência de acontecimentos futuros, impossíveis de serem previstos pelas partes e a elas não-imputáveis, de modo a refletir sobre a estabilidade econômica ou na execução do próprio objeto contratual, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes.

podendo se admitir quaisquer possibilidades de modificação do avençado entre as partes¹⁹.

O contrato seria espécie de uma categoria geral conhecida por “Ato Jurídico”, disposto a partir do art. 81, do Título I – Dos Atos Jurídicos, e não um negócio jurídico.

No entanto, imutabilidade contratual não pode ser confundida com segurança jurídica. Não se pode deixar de lado o fato de que as condições que circundavam o momento em que o contrato fora firmado pode não permanecer inalterado ao longo da execução de seu objeto.

¹⁹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. p. 50.

TEORIA CONTEMPORÂNEA DOS CONTRATOS

Atualmente, tem-se o chamado contrato de adesão. É o instrumento que resulta da necessidade de se firmar uma grande quantidade de contratos, com pessoas distintas, mas mantendo o contratante de um dos pólos – aquele que apresenta a minuta deste contrato padrão.

A quantidade de instrumentos cujos objetos são semelhantes, e a necessidade de firmar contratos da mesma natureza, fizeram com que o contrato se tornasse um instrumento com condições previamente confeccionadas. O conteúdo é o mesmo, mas a outra parte ainda será definida.

Ainda sobre esta evolução, Silvio de Salvo Venosa, esclarece o que segue:

A expansão do fenômeno contratual não é somente de ordem quantitativa. Nessas últimas décadas, os contratos diversificaram-se e especializaram-se em multietárias modalidades. Hoje, já não podemos quantificar um tipo genérico de compra e venda, mas inúmeras modalidades de venda que obedecem a regimes diversos, embora o negócio jurídico receba o mesmo rótulo²⁰.

A atual posição doutrinária ainda admite a figura do hipossuficiente aderente e, com esse reconhecimento, mitiga sua desigualdade perante a outra parte, por meio de dirigismo econômico protegido em princípios de ordem pública e de interesse da coletividade.

Nesse sentido, manifesta-se o Professor Roberto Senise Lisboa²¹,

Destarte, em caso de prejuízo ao hipossuficiente, tratando-se de contrato de adesão – aquele em que se fazem presentes cláusulas, de regra, gerais –, cabível a tutela de interesses do mesmo, não somente por ele próprio, como também por todos os entes legitimados para tanto – uma vez que não se discute da proteção a uma sociedade meramente individual, porém coletiva ou difusa, consoante a espécie.

²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Direito especial dos contratos*, p. 21.

²¹ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos – Consumidor, Meio Ambiente, Trabalho, Agrário, Locação*. p. 109.

Esse dirigismo econômico solucionou questões como a autonomia de incapazes para expressar suas vontades sem prejuízo, e, ainda, àquelas referentes aos terceiros que venham a ser eventualmente lesionados em decorrência da execução de determinado objeto contratual.

Com a adoção desse tipo de postura, atinge-se não somente o ressarcimento de danos patrimoniais e morais, mas ainda, pensando no bem-estar da coletividade, cessa-se a atividade pactuada e reprime-a, de modo a penalizar seus agentes, a fim de que não mais possa ter seus efeitos sobre os demais entes da sociedade. É a chamada função social do contrato que pode ser compreendida nas lições de Miguel Reale da seguinte forma:

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negociat* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.²²

Neste sentido, manifesta-se a atual jurisprudência:

CONTRATO SEGURO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO ROUBO DE MERCADORIA DURANTE O TRANSPORTE NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO CLÁUSULA DE GERENCIAMENTO DE RISCO ABUSIVIDADE EXIGÊNCIAS QUE GERAM ESVAZIAMENTO DO CONTRATO SECURITÁRIO AFRONTA À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DESCABIMENTO - INDENIZAÇÃO AO VALOR PLEITEADO NA INICIAL APELO DA RÉ DESPROVIDO, PROVIDO O RECURSO ADESIVO DA AUTORA.²³

A função social do contrato é decorrência direta da função social da propriedade, na medida em que o contrato nada mais faz do que disciplinar

²² REALE, Miguel. Função Social do Contrato. <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acessado em 16/04/2012.

²³ Processo: APL 6101420108260035 SP 0000610-14.2010.8.26.0035. Relator(a): Dimas Carneiro. Órgão Julgador: TJ/SP, 37ª Câmara de Direito Privado.

relações em sua maior parte patrimoniais. E, neste sentido, nos ensina o professor Miguel Reale, conforme transcrito a seguir:

Um dos pontos altos do novo Código Civil está em seu art. 421, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do art. 5º, salvaguarda o *direito de propriedade* que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.²⁴

Nota-se que a atual demanda da sociedade se traduz nos contratos padronizados e de adesão. Nestes casos, o contrato é apresentado como um formulário a ser lido, preenchido e, ao final, assinado. Revolucionam-se não apenas a matéria, mas também a forma.

Deve-se no entanto, utilizar o contrato de adesão com parcimônia para que não torne a relação de consumo desequilibrada. Neste sentido, destaca-se a seguinte jurisprudência:

Consumidor. Plano de saúde. Seguro saúde. Tutela antecipatória. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de tutela antecipada. Plano de saúde. Falecimento do titular. Viúva dependente. Contrato com cláusula de remissão por morte, pelo prazo de 5 anos, sem desembolso pela beneficiária. Nova apólice. Manifesta abusividade do valor proposto. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do estatuto do idoso. Direito da dependente a permanecer usufruindo das mesmas coberturas vigentes, em condições idênticas a do titular. Sentença mantida. Desprovisionamento do recurso. CDC, arts. 47 e 51, IV e § 1º, II e III. Lei 9.656/98, art. 35, §§ 4º e 5º. CPC, art. 473. Lei 10.741/2003. Ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada, proposta por viúva de titular de plano de saúde, objetivando a manutenção das mesmas condições anteriormente pactuadas na contratação do seguro-saúde. 2. As cláusulas contratuais em exame devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor (CDC, art. 47), posto tratar-se de Contrato de adesão, de trato sucessivo, ocupando o segurado posição vulnerável na relação contratual. 3. Manifesta abusividade²⁵.

²⁴ REALE, Miguel. Função Social do Contrato. <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acessado em 16/04/2012.

²⁵ Processo: AC 70046578506 RS. Relator(a): Lúcia de Fátima Cerveira. Órgão Julgador: TJ/RS, Segunda Câmara Especial Cível.

Neste sentido, ressalta-se que a assinatura digital toma força e, diante disso as incertezas ocasionadas pelas tecnologias do mundo moderno não podem se sobressair causando insegurança aos contratantes.

No entanto, cabe ressaltar que mesmo que se adote o princípio da liberdade da forma, os contratos não podem deixar de apresentar objeto lícito – não devendo contrariar a lei, a moral, os bons costumes, devendo, ainda ser possível, física e juridicamente; lembrando que as partes devem agir de boa-fé, respeitar a função social deste instrumento e a autonomia privada, a qual engloba a liberdade de contratar e a contratual.

De modo geral, diz-se que a liberdade de contratar difere da contratual pois seria o livre-arbítrio de executar determinado contrato ou não. Já a liberdade contratual é aquela dividida em duas espécies: quanto à forma e quanto à matéria.

A liberdade contratual quanto à forma é a possibilidade de as partes elegerem a forma como será executado o contrato, exemplificativamente, escrita ou verbal. E, a liberdade contratual quanto à matéria é a discussão acerca do conteúdo a constar no contrato.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO MICROSSISTEMA DO DIREITO PRIVADO

O presente capítulo tem a finalidade de introduzir a este trabalho os microssistemas anteriores ao CDC, de modo a estabelecer o histórico da criação dos microssistemas dentro do direito privado.

Neste sentido, cabe destacar que a legislação civil é, majoritariamente, composta por normas dispositivas, e, portanto, admite que as partes disponham contrariamente a ela. Assim, escassas são as normas de ordem pública.

Diante disso, a criação de vários microssistemas anteriores ao CDC agregou elementos que acabaram por elevar o detalhamento e a precisão deste último microssistema, tal como se poderá verificar adiante.

No tocante a este assunto, o professor Rizzatto Nunes²⁶ ensina o seguinte:

O CDC, como sistema próprio que é, comporta, assim, que o intérprete lance mão dos instrumentos de trabalho a partir e tendo em vista os princípios e regras que estão nele estabelecidos e que interagem entre si. O uso da técnica de interpretação lógico-sistemática é tão fundamental para o entendimento das normas do CDC como a de base teleológica, que permitirá entender seus princípios e finalidades.

4.1 Lei nº 8.935/1994 - O Notariado

Nos termos do art. 6º da Lei 8.935/94 (dispõe sobre serviços notariais e de registro), ao tabelião de notas compete formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados.

²⁶ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. p. 69

Desde longa data, o tabelião de notas intervém nos negócios das partes, assessorando-as juridicamente. Para Leonardo Brandelli²⁷, há aí uma atividade de polícia jurídica, de fito profilático.

Bem por isso, no plano normativo, consta das Normas de Serviço da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no item 13 do Capítulo XIV, que “*A responsabilidade da redação dos atos notariais é exclusiva do tabelião, não devendo constar no instrumento a afirmação de ter sido feito sob minuta*”.

No entanto, a atividade notarial não era o quanto bastava para a regência adequada de determinadas situações, por isso que ao titular do serviço delegado competia apenas assegurar a adequação do ato à lei, seja ela qual for, e garantir que o contrato reflita efetivamente a vontade das partes²⁸.

Em suma, se o notário, em sua atividade de assessorar os clientes, supre a hipossuficiência técnica em direito, ele é, contudo, incapaz de suprir a hipossuficiência econômica.

4.2 O Direito do Trabalho – Decreto–Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)

Numa época em que a preocupação se limitava a assegurar o direito de ser livre, sem se atentar se as partes realmente tinham o poder de serem livres, o desequilíbrio entre oferta e procura de mão-de-obra tornou inadequado o tradicional direito privado, para reger situações de fato em que as partes não se encontram em igualdade de posição.

Nesse sentido, em “A Era do Capital”, Eric J. Hobsbawn²⁹, tratando do período de tempo aproximado de 1848-1875, afirma:

²⁷BRANDELLI, Leonardo. *Ata Notarial*. p. 175.

²⁸ NSCGJ, item 15. *As escrituras, para sua validade e solenidade, devem conter:*

n) declaração de que a escritura foi lida em voz alta, perante as partes e testemunhas presentes, que a aceitaram como está redigida. A doutrina notarial ensina que, ao ler a escritura, incumbe ao notário explicar à parte, imperita nas coisas do direito, o sentido e implicações dos termos técnicos.

²⁹ HOBBSAWN, Eric J. *A Era do Capital*. p. 224

Quem diz cidade de meados do século XIX, diz 'superpovoada' e 'cortiço' e, quanto mais rápido a cidade crescesse, pior era em superpopulação. Apesar da reforma sanitária e do pequeno planejamento que ali havia, o problema da superpopulação talvez tenha crescido neste período sem que a saúde tenha melhorado, quando não piorou decididamente. As maiores melhorias neste setor só começaram a ocorrer no final de nosso período. As cidades ainda devoravam suas populações, embora as cidades inglesas, na qualidade de mais antigas da era industrial, estivessem próximas de se reproduzirem a si mesmas, isto é, crescer sem a constante e maciça transfusão de sangue representada pela imigração.

Nesse sentido, a lição de Orlando Gomes e Elson Gottschalk³⁰:

A força de resistência da classe operária concentrou-se, pois de início, no associativismo secreto, grupado à margem da lei, que o perseguia, mas, ainda assim, atuante na autotutela dos interesses de classe e movido pelo instinto de defesa coletiva contra a miséria e o aniquilamento. Os movimentos grevistas, a ação direta pela sabotagem, ou pelo boicote; o movimento ludista na Inglaterra e em França; alguns convênios coletivos de existência precária manifestados desde o início da história do movimento operários, são a prova evidente de que o impulso inicial dado para o aparecimento do Direito do Trabalho foi obra do próprio operário, e, não, benevolência de filantropos, da classe patronal, ou do Estado. Somente a coesão dos integrantes de uma classe ou categoria profissional ou econômica pode impor reivindicações ou direitos. A ação direta do proletariado no quadro das condições adversas que lhe criou a Revolução Industrial foi, pois, o fator principal para a formação histórica do Direito do Trabalho. Sob este aspecto, pode-se afirmar que surgiu primeiro um Direito Coletivo impulsionado pela Consciência de Classe, e, em seguida, um Direito Individual do Trabalho.

Marcado pelo signo da imperatividade de suas normas, como se verifica do art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho³¹, o Direito do Trabalho tem contornos nitidamente protetivos, impondo grandes restrições à autonomia da vontade, com vistas à humanização das relações do trabalho, o que chegou a levar alguns autores a pensar que ele já nem mesmo mais integra o Direito

³⁰ GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso Elementar de Direito do Trabalho*. p. 14.

³¹ O Art. 9º da CLT dispõe que: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Privado, tamanha a prevalência do interesse público na regulamentação das relações privadas³².

4.3 O Direito Agrário – Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964)

O modelo colonial brasileiro, formado pela dicotomia casa-grande X senzala, de certa forma, reproduzia nas terras tropicais a rigidez social do universo agrário europeu.

Atento a essa disparidade de forças, o legislador brasileiro editou um conjunto de normas derogatórias do direito comum para reger essas relações, qual seja, o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, de 30 de novembro de 1964).

O Estatuto da Terra rege um conjunto de situações e contém normas de direito público e de direito privado.

No que diz respeito aos contratos agrários, em especial os de arrendamento e parceria rural³³, este estatuto estabelece normas de observância obrigatória, considerando irrenunciáveis os direitos e vantagens conferidos à parte hipossuficiente, considerando nula qualquer estipulação contratual em sentido contrário.

Para Benedito Ferreira Marques³⁴:

Em verdade, não apenas os princípios contratuais do direito comum sofrem reservas nos contratos agrários, em função do homem e da terra, mas também os próprios princípios contratuais agrários revelam essa mesma preocupação,

³² NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. p. 361.

³³ Decreto nº 59.566/66: Art 3º Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante, certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.

Art 4º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (artigo 96, VI do Estatuto da Terra).

³⁴ MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Para Concurso*. p. 99.

porquanto são de conteúdo imperativo as regras relativas à obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis que visam à conservação dos recursos naturais e que proíbem a renúncia, por parte do arrendatário ou do parceiro-outorgado, de quaisquer vantagens ou direitos estabelecidos em leis ou regulamentos, tudo com vistas à proteção social e econômica dos arrendatários cultivadores diretos e pessoais.

4.4 A Lei do Inquilinato – Lei nº 8.245/1991

O descompasso entre a oferta e procura de imóveis pôs em situação privilegiada os proprietários de imóveis, o que, dadas as graves consequências sociais daí decorrentes, reclamou pronta intervenção do Poder Público no âmbito das relações contratuais.

Nesse sentido, informa Sílvio Rodrigues³⁵ que a primeira Lei do Inquilinato foi o Decreto-Lei nº 4.598/1942, aperfeiçoado pelo Decreto-Lei nº 6.739-1944 e substituído, posteriormente por uma série infindável de diplomas legais.

Atualmente, a locação de imóveis urbanos é disciplinada pela Lei nº 8.245/91, que, se por um lado, é um pouco mais liberal que a legislação anterior, a qual, na opinião do referido autor, chegava a ser demagógica, ao proibir a denúncia vazia do contrato, nem por isso deixa de ter caráter protetivo ao inquilino. No mesmo sentido dessa orientação é a seguinte ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

LOCAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS 79 DA LEI 8.245/91 E 2.036 DO CÓDIGO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OCORRÊNCIA. MULTA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Tribunal *a quo* emitiu pronunciamento sobre as questões suscitadas pelo recurso especial, embora não tenha feito referência expressa aos respectivos dispositivos legais, caracterizando assim seu prequestionamento implícito.

2. É pacífica e remansosa a jurisprudência, nesta Corte, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios, que são reguladas por legislação própria.

³⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. p. 230.

3. Restam ausentes às relações locatícias as características delineadoras da relação de consumo apontadas na Lei 8.078/90.

4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 689266 / SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, Julgamento 06/10/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 14.11.2005 p. 388)

Essa orientação jurisprudencial pode ser considerada maléfica, porque aplica isoladamente a Lei 8.245/91 e afasta a interação de suas disposições com os demais diplomas legais cujos dispositivos poderiam igualmente incidir sobre as relações locatícias.

Desta feita, o ditado *lex specialis derogat legem generalem*³⁶ (Leis especiais derogam leis gerais) não é absoluto. Quando possível, é aconselhável o diálogo das fontes, provendo o órgão judicial de uma maior gama de possibilidades para achar a melhor solução para o caso concreto.

4.5 Direito Imobiliário

O processo de urbanização do Brasil exigiu a edição de uma gama de normas de ordem pública para regular pormenorizadamente o ramo imobiliário.

A primeira dessas normas de significativa importância foi o Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações.

Atualmente, o Decreto-Lei nº 58/37 só vige com relação aos loteamentos rurais, tendo sobrevivido a Lei nº 6.766/79 para a normatização do parcelamento do solo urbano, a qual agrega às preocupações de ordem civil protetivas dos interesses individuais outros focos de cuidado, de natureza urbanística e ambiental.

Com relação ao condomínio edilício, as solenidades exigidas pelo art. 32 da Lei nº 4.591/64 previamente à oferta pública ao público das futuras unidades autônomas também denotam nítida preocupação com a proteção dos

³⁶Dicionário Jurídico. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/98/11/981. Acesso em 15/04/2012

interesses dos adquirentes dos bens, estabelecendo ser contravenção penal, relativas à economia popular, a inobservância de seus preceitos.

Nesse contexto, o CDC se presta como meio de combate à burla às leis de parcelamento do solo e condomínio horizontal, bem como o oficial de registro de imóvel que deve se negar ao arquivamento de contrato-padrão em loteamento ou incorporações imobiliárias, se constatar o desrespeito às normas cogentes aplicáveis à espécie (cf. no Estado de São Paulo, Processo CG nº 1.955/98, de 23 de fevereiro de 1999).

4.6 O Código de Defesa do Consumidor

Quando a Constituição Federal indicou que o Princípio da Ordem Econômica também expressaria a defesa do consumidor como um dos seus objetivos³⁷, o constituinte acabou por impor ao legislador ordinário a tarefa de criar um conjunto de normas a definir tal defesa. Para tanto foi dado o prazo de 120 (cento e vinte) dias, dentro dos quais o microsistema consumerista deveria ser apresentado³⁸.

Apesar de não ter sido criado dentro do prazo supramencionado, mas como resultado de um intenso trabalho, o Congresso Nacional aprovou a versão final do texto da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispôs sobre a proteção do consumidor e deu outras providências.

A necessidade de tutelar especificamente o consumidor, deu ao legislador a importante incumbência da normatização por meio de um microsistema jurídico capaz de atender as especificidades das relações que exigiam tratamento peculiar. Nesse sentido, o CDC arrancou elogios e foi

³⁷ O Art. 170, da Constituição Federal dispõe o seguinte: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: Inciso V - defesa do consumidor.

³⁸ O Artigo 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT dispõe o seguinte: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

reconhecidamente indicado como “lei moderna e tecnicamente adequada à realidade atual das relações de consumo”, por Nelson Nery Júnior³⁹.

Dessa forma, o CDC deve ser encarado como um microsistema normativo eficiente e isso se deve principalmente aos princípios em que se funda. E, neste sentido, nosso mestre Nelson Nery Júnior⁴⁰, elucida o seguinte:

As relações de consumo (relações jurídicas entre fornecedor e consumidor tendo como objeto o produto ou o serviço) estavam desequilibradas no mercado, estando o consumidor sem recursos legais, hábeis a torna-lo tão forte quanto o fornecedor. O Código veio para regulamentar essa relação, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um em detrimento do outro sujeito da relação de consumo. Em suma, o Código não veio para punir o empresário, mas para dotar o consumidor de maior poder de negociação quando da patologia da relação de consumo.

Ainda assim, o que se deve ter em mente é que a criação do CDC pode ser vista como um dos principais progressos alcançados no ramo dos interesses difusos e coletivos. Aquele pode ser entendido quando se tratar da defesa de uma massa de indivíduos que não podem ser identificados como unidades, mas sim, como parte de um todo maior e este, como sendo um grupo que pode ser facilmente identificado tendo em vista que é composto por pessoas que, na totalidade, dão características comuns a um todo.

Além disso, tal como se confere da análise das principais características do CDC, diz-se que se trata de: a) uma lei de ordem pública e de interesse social, visto que prevê normas inderrogáveis pelas partes, ou seja, não há possibilidade de as partes disporem do que essa lei estabelece; b) norma principiológica, diante dos princípios, diretrizes e conceitos que confere e c) multidisciplinar, uma vez que contém matérias de diversas disciplinas, dentre elas, matérias penal, administrativo, econômico e civil.

Diante dessa classificação do CDC, faz-se imprescindível passar à análise dos conceitos e princípios que esse código estipula, tal como se estabelece a seguir.

³⁹ NERY JR., Nelson. *Direito do Consumidor*. p. 43.

⁴⁰ NERY JR., Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. p. 44

CONCEITOS BÁSICOS APRESENTADOS PELO CDC

Na qualidade de microsistema do Direito Privado, o CDC estabelece os conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço, conforme se verifica abaixo. Sendo que isto decorre da importância de se conceituar elementos basilares das relações de consumo, vez que tal tarefa, quando designada aos doutrinadores ou mesmo à jurisprudência, pode ensejar divergências. E esse é um risco que o legislador optou por não correr. Nesse sentido, cabe citar “*Omnis definitio in jure civile periculosa est*”⁴¹.

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

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

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

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

Ainda assim, tais conceitos auxiliam a detectar mais facilmente as relações que serão consideradas como sendo de consumo e que, portanto, deverão ser tratadas de modo específico.

Neste sentido, Rizzatto Nunes⁴² nos ensina o seguinte:

⁴¹ “Toda definição em direito é perigosa”. Javoleno, Dig. 50, 17, 202. Dicionário Jurídico. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/98/11/981. Acesso em 25/04/2012.

⁴² NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. p. 120.

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. Insta, portanto, que estabeleçamos em que hipóteses a relação jurídica pode ser assim definida. (...), haverá relação jurídica de consumo sempre que puder se identificar num dos pólos da relação de consumo, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

Diante disso, a seguir, serão pormenorizadas as definições dos principais institutos consumeristas.

5.1 Definição de Consumidor

O artigo 2º, caput, Código de Defesa do Consumidor apresentado acima faz uso do termo “destinatário final” para conceituar o consumidor. Isso indica que o consumidor, na qualidade de pessoa física ou jurídica, enquanto adquirente de produtos ou serviços, utiliza-os sem a intenção de obter lucro, e emprega-os para uso próprio.

Assim, o consumidor retira um determinado produto da cadeia produtiva, visando suprir uma necessidade pessoal, submetendo-se aos riscos que esse produto possa oferecer.

Caso haja intenção de utilizar o produto ou serviço para recolocá-lo na cadeia produtiva, não estaremos diante de uma relação de consumo, por falta de vulnerabilidade, já que se presume que este adquirente ou contratante tem conhecimento técnico diferenciado para se relacionar diretamente com o fornecedor.

Já no tocante ao estudo da possibilidade de se ter uma pessoa jurídica como consumidora, pode-se destacar dois exemplos rotineiramente identificáveis: se uma empresa adquire uma máquina de café para deixar à disposição de seus funcionários, apenas para satisfação dos mesmos, sem que isso resulte em obtenção de lucro direto a essa empresa, tem-se aí uma relação de consumo entre a empresa adquirente da máquina de café e a sua fabricante, pois a empresa consumidora será tida como destinatária final do produto, o qual não lhe auferirá lucro.

No entanto, se essa mesma empresa adquire uma máquina de injeção elétrica adequada para as atividades econômicas as quais se presta e, ainda assim, sendo verificado que tal aquisição viabilizará sua produção, aumentando, assim, sua lucratividade, não se estará diante de uma relação de consumo.

O consumidor pode ser tanto pessoa física, quanto jurídica. E, sobre este aspecto, a jurisprudência se manifesta na seguinte sentença:

Ementa: APELAÇÃO EXECUÇÃO BORDERÔ - CERTEZA. - A relação jurídica qualificada por ser 'de consumo' não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor) e de outro, um fornecedor. Mitigação da vulnerabilidade, de acordo com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Diante disso, evidente a possibilidade de pessoa jurídica ser consumidora dos produtos e serviços bancários; - Contrato de desconto de terceiros (borderôs) que se equipara ao contrato de abertura de conta corrente e não tem aptidão para lastrear ação de execução cognição necessária, diante da ausência de certeza dos valores expressos no contrato; - Manutenção da sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos, artigo 252 do RITJSP; RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação nº 0060188-65.2009.8.26.0576. Relatora: Maria Lúcia Pizzotti; São José do Rio Preto, 20ª Câmara de Direito Privado)

Além disso, o parágrafo único do art. 2º, CDC insere a coletividade também como destinatário final a ser defendido como consumidor. E, por isso, não se pode dissociar o conceito de consumidor do seu teor difuso.

Ao detectar a coletividade como objeto de proteção, o CDC admitiu, exemplarmente, abrigar todo o conjunto de pessoas, mesmo que não possam ser identificadas, sujeitas às práticas decorrentes de uma relação de consumo.

Dessa forma, há que se afirmar que uma das principais preocupações do CDC é poder atribuir proteção aos interesses difusos e coletivos da massa consumidora. Para tanto, indicar a massa falida como passível de ser considerada consumidora, pode ser um bom exemplo para elucidar o presente item.

5.2 Definição de fornecedor

Quando se trata de definir a figura do fornecedor de uma relação de consumo, deve-se ater àquela pessoa física ou jurídica que, no âmbito público ou privado, exercem atividades comerciais, com caráter de profissão e que sempre objetivam o lucro.

Importante se faz ressaltar que as atividades comerciais previstas acima são devidamente limitadas no artigo 3º, do CDC, como sendo: atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A propósito, houve tentativa de classificar como inconstitucional os parágrafos do artigo 3º, do CDC, por parte das instituições financeiras.

É que, após entrar em vigência, o CDC deu margem àqueles que contratavam instituições financeiras para prestação de serviços, recorressem ao novo Código, na tentativa de ver solucionados seus conflitos de maneira justa e de modo a constatarem que suas fraquezas, enquanto contratantes, fossem devidamente resguardadas.

As instituições financeiras viram-se, então, compelidas a adotar um comportamento que até então não lhes causava grandes preocupações e comprometimento.

Paralelamente à tentativa de adequação a esta nova situação, as instituições financeiras começaram a sustentar a inconstitucionalidade dos parágrafos 2.º e 3.º do artigo 3º do CDC, alegando duas teses: i) a atividade bancária deve ser regulada por leis complementares, sendo que o CDC, em contrapartida, é lei ordinária; ii) o dinheiro, enquanto objeto da relação entre a instituição financeira e o cliente é meio e não fim. Logo, o cliente não seria destinatário final, já que o dinheiro não é consumível, não é utilizado para satisfação de uma necessidade pessoal.

Da primeira das duas teses supracitadas, há que se informar que essas leis complementares, reclamadas pelo art. 192 da Constituição Federal⁴³, ainda não foram editadas pelo Congresso Nacional, de modo que a matéria continua sendo regida pela Lei Ordinária nº 4.595/64, editada ainda no início do regime militar e recepcionada por nossa Carta Política com força de lei complementar.

O mesmo fenômeno ocorre com relação à lei complementar prevista pelo art. 145 da CF, encarregada de dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Em razão da omissão legislativa, continua a vigor a Lei nº 5.172/66, CTN, a que a Constituição Federal atribuiu força de lei complementar.

Apesar dos esforços despendidos pelas instituições financeiras na luta pela não aplicação do CDC aos casos concretos, esclarece-se que o entendimento proporcionado por essas instituições financeiras não deve prevalecer, pois, com a massificação do crédito, tornou-se quase impossível viver sem seus benefícios e por conta disso, fez-se necessário levar a discussão para instâncias superiores.

A jurisprudência manifesta-se no seguinte sentido:

As instituições bancárias são regidas pela disciplina do CDC, sendo possível a revisão dos contratos sob a sua ótica. (REsp 341.672/RS)

O CDC é aplicável sobre todos os contratos de financiamento bancário firmados entre as instituições financeiras e seus clientes. (REsp 334.175/RS)

Nesse sentido, cabe aqui lembrar que houve o julgamento da ADIN nº ADI 2591/DF⁴⁴, a qual findou a discussão, bem como a súmula do STJ nº 297,

⁴³ O art. 192, da Constituição Federal dispõe que: O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

⁴⁴ ADI 2591/DF, Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 07/06/2006 , **DJ 29-09-2006 PP-00031**

“EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS

nos seguintes termos: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (Súmula nº 297, STJ de 12/05/2004).

5.3 Definição de Produtos e Serviços

O CDC define os “produtos” como sendo quaisquer bens, móveis ou imóveis, materiais ou imateriais. E que, “serviços” seriam quaisquer atividades fornecidas no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.”

Cabe, aqui, lembrar que este rol de atividades não é taxativo, mas sim, exemplificativo, tendo em vista que é possível incluir outros tipos de prestação de serviço, tal como os serviços educacionais e de administração imobiliária.

Nesse sentido, nota-se que a definição de fornecedor, seja de produtos ou de prestação de serviços, não causa tanta divergência tal como se verificou na conceituação de consumidor. Isso porque a definição legal tratou de especificar situações que, na vida prática, certamente trariam dúvidas, acabando por esgotar as formas de atuação dos fornecedores, no mercado de consumo.

No entanto, mesmo que diante da limitação conferida pela definição legal, a qual quase exaure a figura do fornecedor, se for ainda possível suscitar alguma dúvida no tocante a esse pólo da relação consumerista, haveria de ser no que diz respeito à possibilidade de se analisar os casos de prestação de serviços do ponto de vista trabalhista, o que pode ser sanado, visto que a relação trabalhista exige o cumprimento concomitante dos seguintes requisitos: dependência salarial, subordinação e a natureza de não eventualidade na prestação desses serviços (Artigo 3º, da CLT⁴⁵).

5.4 Responsabilidade da Pessoa Física ou Jurídica enquanto fornecedor de produtos ou serviços

De acordo com o art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade dos fornecedores é objetiva, nos seguintes termos:

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

Em contrapartida, os comerciantes terão a chamada responsabilidade subsidiária, tal como se verifica do artigo 13 do CDC, a seguir transcrito:

⁴⁵ O art. 3º, da CLT dispõe que: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Nesse sentido, surge a necessidade de que fique claro, ao consumidor, quem estaria figurando como fabricante, importador, produtor e etc.

No entanto, vale lembrar que o fornecedor não está totalmente desamparado, nos casos em que é necessário indenizar o consumidor e este acionou o comerciante ou fornecedor que não seria o responsável mais indicado para responder diretamente pelo dano. Para esses casos, a lei assegura o direito de interposição da ação de regresso contra os demais responsáveis.

OS CONTRATOS NO SISTEMA DO CDC

Conforme verificado, com a prática e a difusão do comércio, as relações de consumo sofreram, ao longo dos anos, um processo de aprimoramento, tendo sido devidamente regulamentadas com o advento do CDC.

Vale, então, elucidar que as disposições do CDC, que prevêem especificamente a proteção contratual, iniciam-se em seu art. 46⁴⁶.

O que se deve atentar é que no âmbito do Direito do Consumidor, os princípios da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos, tão respeitados no período anterior à criação do CDC, encontram-se mitigados, vez que os contratos de cláusulas predispostas são feitos ao longo prazo e para suprir eventuais deficiências protetivas do consumidor, exige-se seja feita a manutenção das cláusulas contratuais e a eliminação da abusividade.

Esses contratos de longo prazo são feitos com a intenção de que o consumidor permaneça fiel ao contratado, e, assim, passa a ser interessante a essa figura, a manutenção do seu produto ou serviço objeto contratual. E, assim, para combater a abusividade que tal prazo possa proporcionar, permite-se que o Poder Judiciário intervenha e equilibre a relação contratual.

Em suma, o CDC tenta preservar as cláusulas, mesmo que abusivas, e passa a adequar o conteúdo das mesmas aos interesses do consumidor, desde que isso não gere excessiva onerosidade ao fornecedor.

Para tanto, este código procura manter a transparência, harmonia e clareza das disposições contratuais. A transparência das relações de consumo é essencial para equilíbrio, mesmo que fictício, entre o fornecedor e o consumidor.

⁴⁶ O art. 46, do CDC: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

6.1 Da proteção contratual do consumidor

Inicialmente, cumpre esclarecer que o CDC não dá forma aos contratos de consumo indiscriminadamente. A identificação da efetiva existência da relação de consumo e da real necessidade de proteção ao consumidor se faz de suma importância para se atribuir o tratamento adequado ao respectivo contrato a ser firmado.

Além disso, não há um regramento estrito para a formação de contratos consumeristas. Os instrumentos contratuais podem ser massificados e não ter forma escrita, porém, em se tratando de uma relação de consumo, deverão obedecer aos princípios, previstos no CDC.

Neste sentido, destacamos que Rizzatto Nunes⁴⁷ ensina o seguinte:

A Lei n. 8.078 admite todas as formas de concentração, tais como contratos escritos, verbais, por correspondência, etc. Estão também abrangidas as “relações contratuais fáticas”, conhecidas como “comportamentos socialmente típicos”.

Na prática, nota-se que são recorrentes as cláusulas socialmente típicas, e também, as cláusulas gerais de contratação bem como os contratos de adesão. Sendo que esses últimos, mesmo sendo identificados como pradronizados, obedecem aos princípios do CDC, não podendo abranger, por exemplo, aspectos abusivos ou lesivos ao consumidor.

Segundo Rizzatto Nunes, na mesma obra citada, o comportamento socialmente típico decorre da reiterada manifestação de determinado ato como sendo um contrato, sem que no entanto, este instrumento nunca tenha sido, de fato, firmado entre as partes.

Já as cláusulas gerais de contratação podem ser compreendidas de acordo com o que ensina Paulo Luiz Netto Lobo⁴⁸: (...) regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo conforme,

⁴⁷ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. p. 678.

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. p. 24.

compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente.

Conforme ensina Rizzatto Nunes⁴⁹, os contratos de adesão, por sua vez, têm suas cláusulas estipuladas de modo unilateral, cabendo a outra parte (consumidor) aquiescer a seus termos, aderindo a ele. São contratos que acompanham a produção. Ambos – produção e contratos – são decididos unilateralmente e postos à disposição do consumidor, que só tem uma alternativa, caso queira ou precise adquirir o produto ou o serviço oferecido, aderias às disposições pré-estipuladas.

A fim de proteger o consumidor contra práticas abusivas ou mesmo deste engessamento que os contratos de adesão possam causar, por exemplo, o CDC estabelece determinados princípios a serem obedecidos, conforme verificaremos a seguir.

6.1.1 Principais Princípios Contratuais previstos no CDC

A proteção contratual conferida pelo CDC, por meio de seus princípios contratuais, surgiu em resposta à insuficiência da legislação até então existente.

Atenuou-se o princípio da força obrigatória do contrato (“*pacta sunt servanda*”⁵⁰) e adotou-se a teoria que permite a modificação da base do negócio, de modo a admitir a substituição de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, permitindo-se a revisão de condições que tragam ônus excessivo em razão de fatos supervenientes – é a chamada “*cláusula rebus sic stantibus*”⁵¹.

Aqui, será cabível pormenorizar cada um dos principais princípios do CDC, conforme exposto a seguir.

⁴⁹ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. p. 678.

⁵⁰ Os pactos devem ser cumpridos.

⁵¹ Permanecendo as coisas como estavam antes.

6.1.1.1 Princípio da Transparência

Este princípio estabelece que as partes contratuais devem atuar com sinceridade, clareza, seriedade, veracidade, desde a fase inicial – a pré-contratual, na qual se discutem as condições da relação contratual, bem como se dá a apresentação de propostas comerciais e contra-propostas; até a fase de execução do objeto contratual.

6.1.1.2 Princípio da Boa-Fé

A boa-fé nos contratos em geral pode ser entendida como a certeza de que a parte pode transmitir a outra parte de que está agindo com honestidade, lealdade e firmeza de propósito, sem utilizar-se de esperteza ou sem agir na tentativa de levar vantagens desproporcionais ou despropositadas perante a outra parte.

Nos contratos consumeristas, este princípio retrata a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços a agir imbuído de boas intenções perante o consumidor.

Da execução do princípio da boa-fé, pode-se destacar as seguintes práticas: necessidade de proteção do consumidor contra publicidade enganosa, campanhas contra práticas comerciais prejudiciais ao consumidor e manutenção da garantia de que o consumidor possa expressar seu arrependimento quando da aquisição de bens ou serviços.

6.1.1.3 Princípio da Equidade

Este princípio regulamenta a igualdade a ser verificada entre as partes, de modo que ambas gozem de direitos e deveres equilibrados, como objetivo de alcançar a justiça contratual.

Justamente, *por isso, são proibidas as cláusulas abusivas, que poderiam proporcionar vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor – que explica a possibilidade de modificação das cláusulas e revisão dos contratos por onerosidade excessiva advinda de fato superveniente. Ainda assim, por esse motivo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor do consumidor.*⁵²

6.2 Possíveis prejuízos ao consumidor advindos dos contratos de consumo

A abusividade encontra-se prevista no CDC (art. 51, inciso IV), nos seguintes termos: *art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.*

Neste sentido, quando o fornecedor de produtos ou serviços impõe regras unilaterais ao consumidor, tal como nas relações de massa e, por consequência, nos contratos de adesão, presume-se haver abusividade e, neste momento, o Estado poderá intervir na relação de consumo, para tentar eliminar esta abusividade da cláusula.

Assim, é possível exemplificar esta hipótese com os contratos de adesão apresentados pelas Seguradoras de Saúde, pelos quais há previsão da rescisão unilateral por parte dessas seguradoras, e de maneira desmotivada.

Diante disso, a Jurisprudência impõe que não é possível rescindir contratos de adesão de plano de saúde, por qualquer motivo que seja, o que contraria a antiga orientação que admitia que era sempre lícito às partes contratantes, a denúncia do contrato, mediante simples pagamento de multa.

Ademais, é importante ressaltar que a abusividade não precisa estar necessariamente contida na substância da cláusula. O conteúdo da cláusula

⁵² ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. p. 139.

contratual pode ser perfeitamente lícito e, no entanto, ilícito ser classificado o seu exercício, como dispõe o art. 187 do Código Civil⁵³.

Para ilustrar a afirmação acima, é possível ressaltar a Teoria do Adimplemento Substancial dos contratos em financiamento de imóvel.

O adquirente de imóvel que tenha pagado a maior parte deste bem está devidamente protegido de ulterior rescisão do contrato, visto que o vendedor deverá executar as parcelas não pagas e não pode rescindir o contrato. Deste modo, destaca-se a aplicação prática da função social dos contratos e da propriedade.

A lesão é a prestação de serviço ou fornecimento de produto, de maneira desproporcional existente por premente inexperiência da contratada. O CDC exprime que se a prestação de serviços ocorre de maneira desproporcional, há presunção da necessidade e/ou inexperiência do seu prestador, pelo que da vulnerabilidade do consumidor. Nesses casos, caberá ao Estado intervir e modificar as cláusulas abusivas para reequilibrar a relação de consumo.

A onerosidade excessiva está ligada ao Princípio da Equivalência Contratual⁵⁴ e, nas hipóteses em que ela é verificada, são três hipóteses de ocorrências: a) ser declarada nulidade da cláusula que contém tal onerosidade; b) modificação da cláusula, visto que o equilíbrio entre as partes deve prevalecer, e c) a revisão do contrato, se diante de fato superveniente que veio a modificar as condições contratuais, de modo a prejudicar uma das partes, no caso, o consumidor.

Para que tais hipóteses ocorram, o CDC exige a existência do fato superveniente, previsível ou não, que torne a prestação do consumidor excessivamente onerosa. Já o Código Civil exige fato imprevisível, extraordinário e inevitável para a configuração da onerosidade excessiva, pois presume a contratação entre dois iguais e o CDC, entre desiguais.

⁵³ O art. 187, do Código Civil dispõe que: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 581.

6.3 Nulidade e Anulabilidade

As nulidades compõem a teoria da invalidade dos atos jurídicos. Elas podem ser absolutas ou relativas. As nulidades absolutas ou “nulidades *strictu sensu*” podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, devendo ainda, ser pronunciadas de ofício pelo juiz, sendo-lhe defeso supri-las, ainda que a requerimento das partes.

O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação nem convalesce pelo decurso do tempo. Essa regra remonta ao antigo direito romano, como se depreende da lição de Paulo: *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*⁵⁵(O que desde o início está viciado não convalesce pelo decurso do tempo).

Decorrência disso é que a sentença que decreta a nulidade de ato jurídico tem natureza declaratória retroagindo desde a sua origem, ou seja, produz efeito *ex tunc*. Por isso mesmo as ações declaratórias de nulidade são, via de regra, imprescritíveis.

No direito brasileiro, existe apenas uma única exceção à possibilidade de o juiz pronunciar de ofício, incidentalmente, a nulidade, que é aquela inserida no casamento, que somente poderá ser decretada mediante ação direta, promovida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público (Código Civil, art. 1549⁵⁶).

A anulabilidade, ou nulidade relativa, por sua vez, pode ser sanada por atos das partes, resguardados eventuais direitos de terceiro. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; somente os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo caso de solidariedade ou indivisibilidade. A sentença em

⁵⁵ Digesto, 50, 17,29. Dicionário Jurídico. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/dicionario_latim/x/98/11/981. Acesso em 25/04/12.

⁵⁶ O art. 1.549, do Código Civil dispõe que: A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

ação anulatória, que deve ser ajuizada dentro do prazo legal sob pena de prescrição, é constitutiva negativa e produz efeitos *ex nunc*.

Como se viu acima, as nulidades absolutas causam grande repugnância ao legislador, cominando-lhes sanções da mais extrema gravidade.

Bem por isso, as hipóteses de nulidade absoluta foram sempre minguadas, taxativas e redigidas de forma tão transparente, como que a comportar apenas interpretação literal.

As previsões tradicionais de nulidade são, por exemplo, ato jurídico contratado por absolutamente incapaz, ou aquele que tenha objeto ilícito, ou cristalizado em inobservância à forma exigida em lei, contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva (Código Civil, art. 426⁵⁷), o pacto comissório (Código Civil, art. 1428⁵⁸), ou então, o casamento contraído em desrespeito aos impedimentos do artigo 1.521⁵⁹ do Código Civil.

O CDC foi mais ousado e sanciona com a pena de nulidade situações apenas nuançadas no texto da lei, como se depreende da leitura dos incisos do artigo 51, a seguir transcrito:

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

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

⁵⁷ O art. 426, do Código Civil dispõe que: Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

⁵⁸ O art. 1.428, do Código Civil dispõe que: É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

⁵⁹ O art. 1.521, do Código Civil dispõe que: Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

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

Nesse sentido, acrescenta-se, a seguir, a lição de Cláudia Lima Marques⁶⁰:

A lista de cláusulas abusivas, prevista no art. 51 do CDC, é apenas exemplificativa. Note-se que, pelo art. 51, §2º, a nulidade de uma cláusula não invalida o contrato, exceto ‘quando da ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das parte’.

[...] As nulidades absolutas, como as do art. 51 do CDC, caracterizam-se por não serem sanáveis pelo juiz, passando a relação contratual, naquele aspecto, a ser regida pela lei.

Dentre eles, os que mais se destacam pela sua generalidade são os incisos IV (estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade) e XV (estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor), introduzindo cláusulas abertas no campo da

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999., p. 410 e 411.

invalidade do negócio jurídico, o que mune autoridade judiciária de poderes ímpares quando da submissão a sua apreciação de um negócio jurídico que se subsuma ao regime consumerista.

6.4 A responsabilidade pré-contratual do fornecedor de produtos ou serviços

A responsabilidade pré-contratual, de acordo com o instituto clássico da proposta, seria decorrente da aceitação, por parte do receptor, dos termos da proposta elaborada pelo remetente.

Ainda assim, conforme enuncia o Código Civil, essa proposta deve ser destinada à pessoa determinada e a responsabilidade por seus termos vincula o seu proponente apenas quando da aceitação por parte do receptor.

Já na esfera do CDC, as regras são outras: a simples oferta do fornecedor, quer tenha sido realizada diretamente ou por meio de anunciante, vincula o mesmo de maneira imediata e incondicionada.

Nesse sentido, a responsabilidade pré-contratual, de acordo com o CDC, é decorrente do descumprimento da oferta ou da publicidade veiculada, a qual possibilita ao consumidor ou ente equivalente – que tenha legitimidade para defesa transindividual – de exigir diretamente o cumprimento (obrigação de fazer) daquilo que tenha sido prometido por meio dessa oferta ou publicidade.

É ainda cabível esclarecer que essa responsabilidade pré-contratual poderá ser utilizada, inclusive, para fins preventivos, para que não ocorra frustração de consumidores que queiram aceitar a oferta ou, ainda, possibilitar a indenização por perdas e danos (Art. 35, inciso I, CDC⁶¹).

⁶¹ O art. 35, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que: Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade.

6.4.1 A Oferta

De acordo com o CDC (art. 30), a oferta é toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

O CDC regulamenta esta matéria nos arts. 30 a 35, conforme abaixo, estabelecendo que a oferta deve ser séria, clara e precisa, além de definitiva, como também o exige o Código Civil.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével. (Incluído pela Lei nº 11.989, de 2009)

Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

Art. 33. Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.

Parágrafo único. É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina.

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Diante dos esclarecimentos acima, verifica-se que a oferta não pode induzir o consumidor a erro e, como elementos básicos, a oferta deve constar: características, qualidade, quantidade, peso, data de validade, origem e eventuais riscos que o produto possa ocasionar a saúde.

Além disso, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC alerta que essas informações devem se apresentar em língua pátria e caso seja prestada por meio de língua estrangeira, que seja acrescida sua tradução. E, neste sentido, temos o art. 13, da nossa Constituição Federal - “Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.”

6.5 O Contrato de Adesão como instrumento tipicamente utilizado no âmbito do Direito do Consumidor

Os contratos de adesão, ao contrário dos contratos paritários⁶², são elaborados em desigualdade de condições entre as partes, vez que uma delas não terá condições de discutir o conteúdo do instrumento celebrado.

A formação dos contratos de adesão, diante da sociedade massificada pós-guerra, pode ser atribuída a alguns fenômenos tal como o crescimento empresarial e a massificação dos próprios contratos.

Sem dúvida nenhuma, o advento desse tipo de contratação surgiu impulsionado por outros elementos da sociedade, dos quais se destaca: a acelerada urbanização e, por conseqüência, o aumento da demanda de serviços; a concentração de capitais, privados ou estatais, por meio da formação de monopólios; crescimento considerável na distribuição de bens e serviços e o progresso nos meios de comunicação o que ocasionou a maior utilização da propaganda para expansão dos negócios.

⁶² Contrato Paritário é o negócio jurídico elaborado em plena igualdade de condições para que as partes possam estabelecer, em conjunto, o conteúdo da avença, após a discussão a respeito. (LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, p. 35)

Diante do cenário acima elucidado, a padronização contratual passa a ser a regra da sociedade massificada. E como principal resultado desta mudança destaca-se a redução ou a mitigação da liberdade de contratar o conteúdo, o tipo e o efeito do contrato.

A predisposição das cláusulas deste tipo de contrato serão tidas como válidas somente mediante prévia autorização da autoridade competente ou que o tenham sido estabelecidas pelo fornecedor sem discussão ou modificação do seu conteúdo por parte do consumidor, cabendo somente ao Poder Judiciário declarar a abusividade das mesmas.

Nesse sentido, extrai-se a inteligência do caput do artigo 54 do CDC, a seguir transcrito:

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.

Outrossim, vale mencionar que as cláusulas existentes nesses contratos de adesão tendem a ser sempre interpretadas em favor dos interesses do consumidor e contra os interesses de quem as predispôs.

A necessidade de proteção dos interesses do consumidor diante dos contratos de adesão prevalece não apenas pela admissão da condição de hipossuficiência daquele, mas também do reconhecimento da vulnerabilidade dessa figura contratual, ou seja, da ausência de igualdade material.

Ainda nessa esteira, afirma-se que a vinculação contratual anterior a manifestação de vontade reforça a existência da predisposição prévia e unilateral, bem como o recurso às condições amplas e gerais dos contratos, os quais inviabilizam a negociação prévia.

A escolha de contratar ou não é atribuída unicamente ao consumidor, pois a contratação permanecerá em oferta e voltada a um número ilimitado e indeterminado de pessoas.

Justamente por isso, que um dos grandes progressos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor foi a proteção difusa, sem que seja, portanto, necessário identificar e individualizar os entes carecedores de sua proteção.

Não é possível escolher a outra parte contratante, sendo que essa contratação é atribuída quase como uma obrigação ao consumidor, o que reforça a limitação da incidência dos princípios contratuais liberais, ratificando, inclusive, a importância da atuação estatal.

Do cenário traçado dos contratos de adesão, não se deve extrair o entendimento que tal tipo de contrato deve ser banido ou mesmo ser tratado com certa repulsa.

O contrato de adesão não merece nenhuma aversão por parte do direito, pelo contrário, sua engenharia é a mais viável para a contratação em massa, o que enaltece seu reconhecimento como uma necessidade da sociedade moderna.

É possível se afirmar, então, que a linearidade contratual, ou seja, a concretização do princípio da equivalência material depende da interferência legal, por meio do CDC nos casos cabíveis, de modo a suprimir a ausência de poder de um dos contratantes.

Para encerrar o presente tópico, faz-se importante elucidar que nem todo contrato de adesão retrata, necessariamente, uma relação de consumo. Isso porque o simples fato de as cláusulas desse contrato serem pré-estabelecidas, por si só, não implicará a caracterização de uma e outra parte como consumidor e fornecedor. Neste sentido, temos o seguinte julgado:

Ementa: Agravo De Instrumento - Execução - Competência - Contrato De Adesão - Ação fundada em contrato de franquia - Existência de cláusula contratual de eleição de foro - Inexistência de relação de consumo e, por consequência, inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Validade da cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato (Súmula 335 do C.STF) - Manutenção da ação principal do Juízo de Direito da Comarca de Barueri, Estado de São Paulo - Recurso provido (Agravo de Instrumento nº 0018209-03.2012.8.26.0000. Relator Roberto Mac Craken. Comarca de Barueri. 2ª Câmara de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 24/04/2012).

Exemplificativamente, indica-se contratos de franquias firmados entre as redes de comércio, tal como a rede de restaurantes do McDonald's as quais configuram a forma mais elucidativa quando se quer identificar contratos de adesão que não retratem, necessariamente, uma relação de consumo entre as partes. O franqueador estabelece contratos de adesão, pré-definindo suas cláusulas para que o futuro franqueado venha aderí-las ou não.

Os contratos de agência e de distribuição⁶³, previstos nos arts. 710 a 721 do Código Civil também costumam configurar-se como contratos de adesão, mas não estão qualificados como contratos do sistema consumerista.

O que pode ser concluído da questão acima, admitindo a existência de contratos de adesão nos quais não configuram relações consumeristas é que os contratantes não estão submetidos aos regramentos rígidos impostos pelo Poder Público, visto que não exercem o papel de consumidor, de um lado e, fornecedor, de outro.

Assim, o Código Civil, em seu art. 423 prevê que quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente, dispondo o artigo seguinte que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Por outro lado, faculta o parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.280/2006, que “a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”.

⁶³ Contrato de Agência seria o negócio jurídico pelo qual uma das partes – o agente, obriga-se a promover, num exercício continuado ou não eventual, os negócios mercantis da outra parte, sem caracterização de vínculo de emprego ou dependência hierárquica, em troca de remuneração, nos limites territoriais pactuados.

Contrato de Distribuição: contrato pelo qual uma das partes, denominada distribuidor, se obriga a adquirir da outra parte, mercadorias geralmente de consumo, para sua posterior colocação no mercado, por conta e risco próprio, estipulando-se como contraprestação um valor ou margem de revenda.

CONCLUSÕES

De todo o exposto e por todo o estudo realizado para a confecção do presente trabalho, são extraídas as seguintes conclusões:

O CDC, dentre muitos benefícios, possibilita as seguintes condições:

- a) a possibilidade de inversão do ônus da prova – importante instrumento que livra o réu consumidor do fardo de comprovar fato contrário ao direito do autor, e quando diante de hipóteses como da divergência de interesses postos em juízo (art. 6º, VIII, CDC);
- b) a admissão da interpretação de cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor, quando surgirem entendimentos divergentes, em qualquer contrato de consumo (art. 47, CDC);
- c) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços e nos contratos firmando as relações de consumo (art. 6º, IV, CDC).

O CDC, enquanto microssistema normativo, torna-se eficaz na solução de divergências entre consumidores e fornecedores, com a exclusão da aplicação de normas gerais, como por exemplo, a responsabilidade civil e a adoção de teorias específicas, como a teoria do risco da atividade. Vale lembrar que a Teoria do Risco da Atividade estabelece que o simples exercício da atividade econômica no mercado coloca o fornecedor, produtor ou importador como responsável pela reparação dos danos causados ao consumidor derivados dessa atividade.

Os princípios referentes aos contratos de consumo reforçam a idéia de que o CDC deve ser considerado um microssistema normativo peculiar, com normas próprias e diferenciadas das destinadas a adequar as relações jurídicas não consumeristas. Sendo que a adoção de tutelas específicas denotam tratamento diferenciado por parte do legislador.

Não se pode encarar a aplicação do CDC como a falência dos interesses mercadológicos, nem tampouco a depreciação de um pólo da relação de consumo em detrimento de outro. O que se deve estabelecer como consciência geral é que este código procura resguardar o desenvolvimento econômico – preconizando a economia de mercado e a livre concorrência, valorizando o trabalho humano e a existência digna da pessoa humana, de acordo com os ditames da CF.

Os princípios contratuais do Código Civil surgiram após, praticamente, uma década do advento do CDC e quase um século após a criação do Código Civil anterior. Sendo que a convivência desses dois códigos reforçou a distinção entre os contratos comuns civis e os mercantis e os contratos de consumo. Esse tratamento diferenciado serviu como base para a concretização e prevalência de preceitos constitucionais que resguardam os valores existentes na sociedade atual.

A regulação da atividade econômica, na tentativa de conter abusos do poder privado é um objetivo comum das sociedades organizadas e a predominância de princípios liberais do contrato atestam a liberdade individual, de modo a contribuir para o controle do poder público, igualmente.

A vulnerabilidade jurídica de determinada parte contratual não se limita apenas à questão econômica, mas também diz respeito a sua capacidade negocial, ou seja, a possibilidade de posicionar sua vontade e seu interesse.

Os princípios sociais do contrato não devem ser encarados como o antagonismo exacerbado dos princípios liberais, visto que cada qual representa fases da evolução do direito e do Estado Moderno.

Em matéria contratual, a aplicação do CDC deve prevalecer, em detrimento ao Código Civil, vez que a lei especial sobrepõe-se à lei geral.

A intervenção estatal em matéria consumerista se deu com a aplicação do CDC, de modo a limitar o espaço anteriormente exercido pela autonomia da vontade. Isso serviu para impor deveres aos contratantes, direitos aos consumidores e, por consequência, resgatar a confiança no vínculo contratual.

Frente às preocupações de ordem social e o cumprimento da função social do contrato, a autonomia da vontade foi ampliada, de modo a possibilitar

a valorização da vontade munida de boa-fé, segurança e equilíbrio, e não só da vontade das partes em si.

O CDC prevê regras básicas a serem obedecidas pelos fornecedores de produtos e serviços, durante o período pré-contratual, quais sejam: a) a clareza e o cumprimento das ofertas; b) dever de prover o consumidor de informações claras e bem definidas acerca dos termos do contrato (art. 46, CDC); c) não oferecer publicidade abusiva, nem enganosa dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor; d) não dispor de cláusulas abusivas em seus contratos e etc.

Se é chamada a atenção para as obrigações do fornecedor de produtos e serviços quanto às práticas pré-contratuais, deve-se, da mesma forma, atentar-se para as práticas a serem exercidas quando da execução dos contratos, tais como: a) interpretação das cláusulas pró-consumidor; b) proibição de cláusulas abusivas; c) controle do teor dos contratos consumeristas por parte de entidades estatais; d) surgimento de jurisprudências a favor do consumidor, nas mais diversas situações e etc.

O direito contratual vem se definindo de modo a respeitar o bem-estar da sociedade e, em contrapartida, acaba por desvalorizar institutos que ainda permeiam individualismo e do liberalismo.

O CDC é um importante instrumento legal capaz de oferecer, dentre outros benefícios, equidade contratual e, por consequência, auxilia a construção da justiça nas relações consumeristas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BAU, Marilise Kostenalki. O Contrato de assistência médica e a responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora J. Ribeiro dos Santos, 1986.

BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. São Paulo: Editoria Safe, 2004.

DICIONÁRIO JURÍDICO. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/dicionario>

CASTRO, Flávia Lages. Histórico do Direito Geral e Brasil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CASTRO Y BRAVO, *La estructura del negocio jurídico*, Madrid: Civitas, 2002

GOMES, Orlando. Obrigações. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso Elementar de Direito do Trabalho*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1963.

HOBBSAWN, Eric J. *A Era do Capital*. 4ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1988.

TARTUCE, Flávio. Função Social dos Contratos – Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Método, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos Difusos e Coletivos. Consumidor, Meio Ambiente, Trabalho, Agrário, Locação, Autor. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Condições Gerais dos contratos e cláusulas abusivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novo paradigma*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

NERY JR., Nelson. *Direito do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 3, julho/1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002

REALE, Miguel. Artigos sobre o Código Civil. Disponível em: www.miguelreale.com.br.

_____. REALE, Miguel. Função Social do Contrato. <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, acessado em 16/04/2012.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*. Vol IV, 29ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Editora LTR, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

_____. *Introdução ao Direito Especial dos Contratos*. V. 3, 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.