

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-089-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito
Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redundando em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a recongnição dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percucientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

**UMA NOVA LEITURA DOS CONTRATOS DE CONSUMO NO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL: REFLEXÃO SOBRE A NECESSIDADE DE UM CÓDIGO DE
PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR**

**READING A NEW CONTRACT FOR CONSUMPTION IN CIVIL LAW
CONSTITUTIONAL: REFLECTIONS ON THE NEED FOR A CODE OF
PROTECTION AND CONSUMER PROTECTION**

**Eduardo Augusto Gonçalves Dahas
Aline de Paula Lopes**

Resumo

O presente estudo foi desenvolvido na tentativa de explicar o problema da multiplicidade de normas aplicáveis ao mesmo fato jurídico seja de origem cível ou consumerista através de pesquisa bibliográfica atreladas ao objeto jurídico central. Utilizou-se do método dedutivo para sugestão de solução da questão destacada, eixo norteador da presente pesquisa. Importante frisar que, com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor em 1990, a realidade obrigacional e contratual positivada com o Código Civil de 1916, ainda conservadora, foi compelida a interpretar e se adaptar a um novo paradigma dogmático. Vigorando as duas normas, passou a existir duas realidades jurídicas distintas sobre um mesmo fato jurídico, atribuindo aos personagens da relação jurídica em conformidade com o caso, a aplicação da norma civil ou consumerista. Em 2002, após vintenária discussão no Congresso Nacional, entra em vigor o Novo Código Civil, mantendo o equilíbrio entre as partes e se aproximando da contextualidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor promulgado em 1990. Como eixo norteador, portanto, abordaremos os princípios contratuais subjetivos e objetivos das duas normas com a consequente repercussão civil e apontaremos algumas convergências e divergências ainda existentes nos dois diplomas legais e nas lições dos professores César Fiuza e Cláudia Lima Marques. Alguns julgados dos Tribunais pátrios foram objeto de pesquisa para corroborar a existência de pontos de convergência e divergência entre as normas. O presente ensaio não pretende esgotar a grande discussão existente na doutrina sobre os conflitos e convergências entre as normas, mas aguçar o leitor a reflexão sobre o novo paradigma obrigacional constitucional principalmente com a inclusão dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva e se ainda é necessário no ordenamento a existência de uma norma protetiva voltada exclusivamente para o consumidor.

Palavras-chave: Civil, Consumidor, Contratos, Dignidade, Boa-fé

Abstract/Resumen/Résumé

This study was developed in an attempt to explain the problem of multiplicity of standards the same legal fact is a civil origin or consumerist through literature linked to the central legal object. We used the deductive method to solve suggestion outstanding issue guiding principle of this research. Important to note that, with the advent of Consumer Protection and

Defense Code in 1990, the obligatory and contractual reality positively valued with the Civil Code of 1916, even conservative, was compelled to interpret and adapt to a new dogmatic paradigm. Existing two laws, came into being two distinct legal realities on the same legal fact, giving the characters of the legal relationship in accordance with the case, the application of the civil standard or consumerist. In 2002, after twenty years of discussion in Congress, shall enter into force the "New" Civil Code, keeping the balance between the parties and approaching the contextuality Protection Code and Consumer Protection enacted in 1990. As a guideline, so we will approach the subjective contractual principles and objectives of the two standards with the consequent civil repercussions and will point out some similarities and differences in the two remaining legislation and the lessons of teachers César Fiuza and Claudia Lima Marques. Some judged of the patriotic Courts were an object of research to corroborate the existence of points of convergence and divergence between the rules. This essay does not intend to exhaust the major debates on the doctrine of the conflicts and convergences between the norms, but whet the reader to reflect on the new constitutional obligatory paradigm especially with the inclusion of the principles of the social function of the contract and the objective good faith and it is still necessary in order that there is a protective rule directed exclusively to the consumer.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil, Consumer, Contracts, Dignity, Good faith

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor em 1990, a realidade obrigacional e contratual positivada com o Código Civil de 1916, ainda conservadora, foi compelida a interpretar e se adaptar a um novo paradigma dogmático.

Vigorando as duas normas, passou a existir duas realidades jurídicas distintas sobre um mesmo fato jurídico, atribuindo aos personagens da relação jurídica em conformidade com o caso, a aplicação da norma civil ou consumerista.

Em 2002, após vintenária discussão no Congresso Nacional, entra em vigor o “Novo” Código Civil, mantendo o equilíbrio entre as partes e se aproximando da contextualidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor promulgado em 1990.

Como eixo norteador, portanto, abordaremos os princípios contratuais subjetivos e objetivos das duas normas com a consequente repercussão civil e apontaremos algumas convergências e divergências ainda existentes nos dois diplomas legais.

O trabalho foi desenvolvido na tentativa de explicar o problema da multiplicidade de normas aplicáveis ao mesmo fato jurídico seja de origem cível ou consumerista através de pesquisa bibliográfica atreladas ao objeto jurídico central.

Alguns julgados dos Tribunais pátrios foram objeto de pesquisa para corroborar a existência de pontos de convergência e divergência entre as normas.

O presente ensaio não pretende esgotar a grande discussão existente na doutrina sobre os conflitos e convergências entre as normas, mas aguçar o leitor a reflexão sobre o novo paradigma obrigacional constitucional principalmente com a inclusão dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva e se ainda é necessário no ordenamento a existência de uma norma protetiva voltada exclusivamente para o consumidor.

2 MODELO CONSERVADOR DO DIREITO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL

O modelo conservador do Direito Obrigacional e Contratual tem sua herança principiológica na autonomia plena da vontade decorrente da própria norma, a qual era soberana.

Portanto, podemos classificar o princípio da Autonomia plena da vontade como o mais importante sob o ponto de visto da Teoria Clássica do Direito das Obrigações.

A autonomia da vontade era soberana, plena e praticamente absoluta, existindo remotas limitações na norma e por ela decorria a obrigação pelo vínculo assumido e o consensualismo.

Decorrente deste vínculo obrigacional da autonomia da vontade manifestada por meio do contrato, nascia o fenômeno jurídico do *pacta sunt servanda*, atribuído caráter cogente ao contrato com força normativa.

O professor César Fiúza leciona com brilhantismo as obrigações contratuais e suas consequências:

“Uma vez celebrados pelas partes, na expressão de sua vontade livre e autônoma, os contratos não podem mais ser modificados, a não ser por mútuo acordo. Devem ser cumpridos como se fossem lei. Costuma-se traduzir este princípio em latim por pacta sunt servanda.” (FIUZA, 2014, 405)

O contrato era fruto da vontade das partes que eram iguais e estabeleciam por essa mesma vontade o conteúdo desse contrato conforme leciona Roppo:

“Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas (sic) de vez em quando realizadas sob a forma contractual (sic). Considerava-se e afirmava-se, de facto (sic), que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto (sic) de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes (sic), que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do <<antigo regime>>, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes (sic) consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer <<contractual>> (sic) equivale a dizer <<justo>> (<<qui dit contractuel dit juste>>).” (ROPPO, 2009, p. 35)

Não se tem dúvidas que a segurança jurídica dos contratos sob a ótica do modelo conservador era praticamente absoluta, garantindo aos personagens da relação obrigacional contratual o fiel cumprimento da vontade manifesta das partes.

Contudo, com a evolução dos tempos e das próprias relações jurídicas, e com a massificação dos contratos, o modelo conservador foi perdendo contornos de validade e eficácia sendo necessária uma nova leitura obrigacional-contratual inclusive com a intervenção estatal para garantia da utilidade social destes contratos.

3 TEORIA MODERNA DO DIREITO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL

A Constituição de 1988 foi um marco para as relações jurídicas interpessoais e logicamente contratuais, valorizando a dignidade humana como princípio e fundamento da República, conforme preceitua o inciso III do artigo 1º da CR/88.

Portanto, denota-se pela leitura dos princípios e garantias fundamentais da Constituição de 1988 a preocupação do legislador em proteger a dignidade do indivíduo inclusive sob o prisma obrigacional e contratual, atribuindo aos contratantes uma nova limitação à autonomia da vontade e ao *pacta sunt servanda*, decorrentes desta dignidade que deve ser explícita na relação contratual.

Nelson Rosenvald conceitua com maestria a dignidade humana:

“A expressão “dignidade da pessoa humana” não é supérflua, tampouco redundante. Demonstra que a dignidade não pode ser aferida por padrões individuais, pois não basta que o indivíduo seja livre, mas que pertença, por essência, à humanidade. Uma humanidade na qual os indivíduos jamais deixam de ser um fim, sob pena de conversão em meios para os fins alheios. Essa visão auxilia o intérprete em uma percepção menos abstrata e mais efetiva do princípio, uma vez que, enquanto o valor liberdade se conecta imediatamente com as nossas expectativas individuais, a dignidade nos remete a tudo aquilo que concerne ao gênero humano.” (ROSENVALD, 2007, p.201)

Logo, o contrato para ser válido no novo modelo constitucional e contratual deve antes de tudo respeitar o princípio da dignidade humana, o qual deve ser analisado casuisticamente inexistindo o critério objetivo para sua fixação, mormente em se tratando de direito das obrigações e contratos.

Ainda nas lições do professor Nelson Rosenvald:

“A expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos.” (FARIAS;ROSENVALD, 2007a, p.27).

Além da proteção constitucional da Dignidade humana, com o advento do Código Civil de 2002 o legislador positivou dois princípios básicos inerentes à relação contratual, sem os quais a eficácia do pacto resta maculada, estando os mesmos diretamente vinculados ao princípio da dignidade, *in verbis*:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (g.n.)

As lições de Paulo Nalin demonstram nitidamente a importância da função social como princípio garantidor da eficácia jurídica contratual:

“O contrato que não cumpre a sua função social, em um primeiro momento, como negócio jurídico já foi reconhecido por meio da valoração social, gera efeitos jurídicos (atributivos, circulatorios e existenciais), de modo a ter suplantado o extrato da inexistência. Todavia, os efeitos que proporciona acabam sendo nocivos aos operadores contratuais, ou, ao menos, a uma das partes contratantes ou, ainda, à coletividade, esquadrinhando-se no campo da invalidade jurídica (nulidade ou anulabilidade).” (NALIN, 2001, p. 236)

Além da função social positivada no artigo 421 do Código Civil, o legislador preocupou-se ainda com a boa-fé dos contratantes, instituto este dividido em boa fé subjetiva e objetiva.

A boa fé subjetiva é a autonomia da vontade do contratante manifesta no entendimento de que a negociação é correta, em conformidade com o seu grau de conhecimento.

O augusto professor Sílvio de Salvo Venosa converge neste entendimento:

“Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”. (VENOSA, 2003, 378)

Já a boa-fé objetiva é o conhecimento intrínseco do contratante sobre a sua vontade manifesta, denominado por vários autores como “conhecimento geral”, padrões estabelecidos e reconhecidos:

“A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.” (VENOSA, 2003, 379)

Mesmo com a existência inequívoca do princípio constitucional da dignidade, bem como a função social do contrato e a boa fé objetiva nas relações contratuais necessário trazer à baila a promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no ano de 1990 que trata efetivamente das relações obrigacionais e contratuais entre Consumidores e Fornecedores, trazendo mais uma fonte normativa de observância obrigatórias para os contratos de consumo.

E neste diapasão é grande a divergência doutrinária sobre a extensão de eficácia das normas consumeristas e seus pontos de convergência e divergência com a norma civil, eis que o CDC foi criado para proteger unicamente o Contratante enquadrado objetivamente como hipossuficiente.

Tal conceito por si só já nos aflige sobre a suposta inobservância ao princípio da isonomia, eis que para enquadramento na norma necessário o preenchimento dos requisitos constantes nos artigos 2º e 3º do CDC que denominam como “Consumidor” toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e “Fornecedor” 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.

Portanto, para aplicação da Lei 8078/90, mister existir na relação contratual a figura do Consumidor e Fornecedor, enquanto os contratos regidos sob a lei civil fica como residual.

Percebe-se, pois, que a teoria moderna, diferentemente da teoria conservadora pode ser denominada como multipositivada, pois encontramos elementos na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, enquanto aquela era normatizada apenas no Código Civil, por se tratar de relação estritamente privada, com um pseudo equilíbrio contratual e sem intervenção estatal.

Por outro lado, a existência de inúmeras normas aplicáveis ao mesmo fato jurídico podem ser prejudiciais sob o ponto de vista não apenas da isonomia conforme já ressaltado, mas da própria segurança jurídica, mormente sob a análise do instituto em tela que a própria Constituição e o Código Civil de 2002 já garantem os mesmos direitos e princípios que permeiam os contratos da relação de consumo.

Estas múltiplas normas acabam criando conflitos normativos por positivarem os mesmos fatos trazendo a necessidade de analisar os personagens contratuais para se aferir qual norma se aplicar em muitos dos casos.

E a grande indagação que se permeia no presente ensaio é justamente concluir se é preciso hoje uma norma aplicável apenas às relações de consumo quando o Código Civil de 2002 tem nitidamente sua essência nas normas constitucionais.

A questão toma maior contorno e nos instiga ao pensamento ao se perceber os pontos de convergência e divergência das normas sobre idênticos fatos jurídicos.

4 PONTO DE CONVERGÊNCIA DAS NORMAS – BOA FÉ CONTRATUAL

Não se tem dúvidas, após análise da evolução histórica da teoria obrigacional e contratual, que inúmeras são as convergências entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Código Civil.

Dentre esta vasta convergência da norma, optou-se por analisar o instituto da boa-fé, seja por ser eixo norteador de todas as relações de consumo, seja pela inovação das relações civis após a promulgação do Código Civil de 2002.

Os artigos 421 e 422 do Código Civil os quais dispõe expressamente sobre a função social dos contratos e a boa-fé objetiva exigida tanto na contratação quanto na execução do contrato não possuem a mesma natureza jurídica da hipossuficiência prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas, sem dúvidas trouxeram um novo contexto protetivo às relações contratuais.

A correta adequação do instituto da boa-fé objetiva deve ser tratada como a ideia de cooperação entre as partes em busca da lealdade na contratação e da verdadeira vontade mútua de contratar, sabendo o que está se contratando, mesmo sem conhecimento prévio do conteúdo informativo do contrato como outrora era soberano.

Além de limitar práticas abusivas, a boa-fé gera obrigações secundárias de conduta, exigindo às partes obrigações comportamentais ainda que não previstas em contrato, visando a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração ou execução do contrato.

Leciona Claudia Lima Marques com propriedade neste aspecto:

“Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.” (MARQUES, 2002, pág. 181 e 182)

Esta boa-fé também está inserida no inciso III do artigo 4º ao tratarmos da Política Nacional das Relações de Consumo:

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

<...>

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

O artigo 51 da mesma forma impõe a nulidade da cláusula contratual que seja incompatível com a equidade:

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; (g.n.)

Como senão bastasse, com a existência dos contratos pré-redigidos e o consumo em massa necessária uma nova conotação interpretativa das relações contratuais e principalmente a relativização da liberdade contratual em busca de uma relação jurídica mais justa, o que se pode obter com a aplicação e leitura constitucional do Código Civil de 2002, sendo desnecessária a positivação do CDC no aspecto.

Cláudia Lima Marques, também se manifesta sobre a necessária justiça contratual divorciada da liberdade contratual:

“Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um autor efetivo das cláusulas, outro, simples aderente – desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.” (MARQUES, 2002, pg.150)

Verifica-se, portanto, que o microssistema do Direito do Consumidor após o advento do Código Civil de 2002 em muito se assemelha sob o ponto de vista da justiça contratual e da necessária boa-fé das partes.

O entendimento jurisprudencial pátrio segue este mesmo entendimento de convergência das normas civis e consumeristas conforme demonstra o recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITOS DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE RESIDENCIAL E DE VAGA DE GARAGEM. CULPA DA RÉ PELA RESCISÃO. DEVER DE APRESENTAR DOCUMENTOS NECESSÁRIOS A QUE A PARTE CONSUMIDORA DESSE INÍCIO AO PROCESSO DE FINANCIAMENTO JUNTO AO AGENTE FINANCEIRO. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DAS ARRAS EM DOBRO. ARTIGO 418 DO CÓDIGO CIVIL. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL. MEROS ABORRECIMENTOS E DISSABORES. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. SÚMULAS 43 E 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, CAPUT DO CPC. O princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422, do CC, e no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, de observância obrigatória nos contratos de consumo, consubstancia fonte criadora de deveres anexos de cooperação, lealdade, informação, dentre outros elencados pela doutrina. Diante disso, o réu deveria, por força dessa obrigação anexa, auxiliar e cooperar com a parte consumidora, a fim de que essa lograsse a concessão do financiamento, sob pena de, não o fazendo, incorrer em violação positiva do contrato. A restituição das arras é devida na forma dobrada, de acordo com o artigo 418, do CC, já que a parte que as recebeu não executou o contrato e deu causa à sua rescisão culposa, devendo restituir o que recebeu da consumidora, acrescido de igual quantia. A fim de se cogitar dano moral, mister se faz a ofensa à personalidade, a lesão aos direitos fundamentais capaz de causar sofrimento. Isso porque o dano moral somente pode ser fixado quando houver lesão a um dos direitos fundamentais, ocasionando sofrimento ao indivíduo. O entendimento contido no enunciado nº 54, da Súmula do STJ, preceitua que os juros de mora fluem a partir do evento danoso nos casos de responsabilidade extracontratual. A correção monetária possui comodios a quo a data do prejuízo quando se tratar de dívida por ato ilícito, nos termos Súmula 43 do STJ. Quando as partes forem em parte vencedoras e em parte vencidas em seus pleitos, deve incidir a regra prevista no artigo 21, caput, do Código de Processo Civil, que disciplina a sucumbência recíproca, motivo pelo qual cada parte arcará com os honorários de seu patrono e com metade das custas processuais. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJDFT - Acórdão n.º 793664, 20100710331636APC, Relatora: ANA CANTARINO, Revisora: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/05/2014, Publicado no DJE: 03/06/2014. Pág.: 172) (g.n.)

Em breve síntese, sem a pretensão de esgotar as questões inerentes à boa-fé, buscou-se delinear o referido instituto na formação e conclusão dos contratos civis e consumeristas como novo paradigma das relações contratuais demonstrando a convergência das normas neste particular para fomentar a discussão sobre a necessária coexistência das normas no atual sistema jurídico constitucional.

5 PONTOS DE DIVERGÊNCIA

Inúmeros são os pontos de divergência da norma consumerista quando confrontado com a norma civil, os quais apontaremos com breves traços alguns institutos comuns às duas normas.

A interpretação contratual é o primeiro instituto em que se vislumbra a divergência entre as normas, senão vejamos.

O artigo 423 do Código Civil dispõe sobre os contratos de adesão e afirma que devem ser interpretados de maneira mais favorável ao aderente quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, pouco importando se fornecedor ou consumidor, ou seja, garantindo um equilíbrio objetivo ao contrato.

No entanto, o artigo 47 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor determina que a interpretação das cláusulas contratuais deve sempre ser mais favorável ao consumidor, apenas em razão do princípio que atribui a este personagem contratual a condição objetiva de hipossuficiente.

Neste aspecto denota-se além da insegurança jurídica da relação, o próprio desequilíbrio entre os entes contratuais, mormente em razão da existência do princípio da boa fé objetiva prevista no Código Civil que já seria suficiente para garantia da eficácia da manifestação da vontade das partes.

Outro instituto que merece destaque é a resolução por onerosidade excessiva que encontra divergência entre as normas.

Dispõe o artigo 478 do Código Civil:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (g.n)

Enquanto preceitua o Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

*Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de atos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*

Analizando as duas normas, verifica-se a preocupação do legislador na ótica civilistas em proteger a relação contratual, mas sem despreocupar-se com os indivíduos ou com a própria imprevisibilidade dos acontecimentos, enquanto a norma consumerista preocupa-se tão somente com um ente da relação, o consumidor, além de reduzir desproporcionalmente as hipóteses de resolução por onerosidade excessiva.

Mais uma vez estamos diante de uma visão equivocada do legislador em proteger apenas o Consumidor, quando na verdade a imprevisibilidade também pode afetar o Fornecedor.

A prescrição também está sob o manto da divergência entre as normas, privilegiando mais uma vez o Consumidor em detrimento do Fornecedor da relação, senão vejamos.

Preceitua o inciso V do § 3º do artigo 206 do Código Civil:

*“Art. 206. Prescreve:
§ 3º Em três anos:
V - a pretensão de reparação civil;”*

Enquanto a norma consumerista amplia o período sobre o mesmo fato jurídico para 5 anos:

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Dentre as divergências existentes e aquelas já apontadas, a prescrição que envolve responsabilidade civil causa grande debate, principalmente quando estamos diante de uma reparação de danos alicerçada no elemento culpa, e por consequência de natureza subjetiva.

Isto, porque o instituto jurídico da Responsabilidade Civil tem vários conceitos que vão se aprimorando com a evolução histórica do direito.

Carlos Roberto Gonçalves leciona com propriedade que "a palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano". (GONÇALVES, 2010, v. 4, p. 19)

Rui Stoco na mesma linha de pensamento:

*"essa expressão ou termo responsabilidade não surgiu para exprimir o dever de reparar. Variou da expressão *sponsio*, da figura *stipulatio*, pela qual o devedor confirmava ter com o credor uma obrigação que era, então, garantida por uma caução ou *responsor*. Surge, então, a noção de responsabilidade, como expressão de garantia de pagamento de uma dívida, descartando qualquer ligação com a idéia de culpa".(STOCO, 2007, p.112)*

Nesta esteira de raciocínio, podemos atribuir a responsabilidade como o vínculo jurídico entre credor e devedor. O dever deste indenizar aquele.

O Código Civil traz primeiramente e como regra o instituto da responsabilidade subjetiva:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A exceção encontra guarida no parágrafo único do artigo 927 do mesmo diploma:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (g.n)

Portanto, a regra no Código Civil é da Responsabilidade subjetiva aplicando a objetiva apenas nas hipóteses previstas no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Entretanto, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor ao contrário do CDC traz como regra a responsabilidade objetiva, conforme se depreende do artigo 12 do CDC:

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.

A situação é tormentosa inclusive no âmbito dos Tribunais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS C/C DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES ENFISEMA PULMONAR E TOSSE SECA - PROPAGANDA ENGANOSA - NEGLIGÊNCIA ANTE AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES DO PRODUTO - CULPA DA FABRICANTE DE CIGARROS NÃO DEMONSTRADA - DESÍDIA DOS APELANTES- PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO CDC AFASTADA - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, SOMENTE PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NO MÉRITO, AMBOS OS RECURSOS DESPROVIDOS. A pretensão de gerar responsabilidade civil por culpa ou dolo, impõe a prescrição aludida no Código Civil e não a prescrição quinquenal que é aplicada nas hipóteses de defeito decorrente do fato do serviço, na previsão do art. 14, § 1º, incs. I a III do CDC. Não há responsabilidade civil de indenização quando não há culpa ou dolo, pois, segundo o disposto no art. 159, do Código Civil de 1916 (atual art. 186), o ressarcimento, exige a prova da autoria, do liame de causalidade, da lesão sofrida

*e a ação ou omissão culposa do agente. E a mera condição nociva à saúde, mas inerente ao produto, porque de industrialização lícita, não gera obrigação de indenizar. "É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o mal causado,..." (Rui Stoco, in *Traité des Obligation General*, vol. 4, pág. 66). (TJ-PR - AC: 1666333 PR Apelação Cível - 0166633-3, Relator: Cunha Ribas, Data de Julgamento: 07/04/2005, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 22/04/2005 DJ: 6853) (g.n.)*

Considerando que o instituto da prescrição é ligado ao fato (direito), e não à pessoa, é possível compreender a validade do julgado acima colacionado, inexistindo privilégio por se tratar de relação de consumo, pois o dano teve origem ao ilícito civil ao se atribuir o elemento culpa ao agente.

Por fim, trazemos o ponto de divergência mais polêmico que envolve as duas normas, a desconsideração da personalidade jurídica.

O legislador civil, atribui a existência das pessoas físicas e jurídicas totalmente independentes entre si com responsabilidade próprias e autônomas, sendo permitida a desconsideração apenas em casos extremos, conforme se denota do artigo 50 do diploma civilista:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (g.n.)

Verifica-se que somente pelo abuso em razão do desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial é possível a desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica civil.

De fato, não poderia ser diferente, eis que a função da norma é proteger a existência da pessoa jurídica que só pode perder a sua personalidade se de fato utilizada com fim de praticar atos ilícitos.

Contudo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor amplia as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica para inúmeras situações em total violação ao direito de personalidade conforme preceitua o artigo 28 da Norma em tela:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (g.n.)

Admitir que a simples violação legal permita a desconsideração da personalidade jurídica seria o mesmo que tornar “letra morta” a existência do Direito Empresarial e a do próprio Direito Falimentar, sendo patente a divergência entre as normas neste aspecto.

Existem inúmeras outras cláusulas legais conflitantes entre o Código Civil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, os quais não seria possível esgotar com este singelo ensaio, mas a ideia deste autor é de fato convidar o leitor à reflexão sobre a eficácia e necessidade de coexistência das duas leis.

6 CONCLUSÃO

Diante das ponderações trazidas no presente artigo tem-se a nítida percepção de uma nova leitura do Direito das Obrigações e do Contratos, mormente em respeito ao princípio constitucional da dignidade humana e da função social do Contrato e da Boa-fé entre os contratantes.

Ficou evidente a limitação da autonomia da vontade em detrimento inclusive à soberania que se imperava com o *pacta sunt servanda* no modelo obrigacional do Código Civil de 1916.

No entanto, apesar da proteção obrigacional e contratual trazida pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002 ainda existe a figura positivada do Código de Proteção e Defesa do Consumidor promulgado em 1990, o qual possui algumas normas convergentes, mas inúmeras divergentes com a norma civilista trazendo grande insegurança e desconforto aos operadores do Direito e aos indivíduos em geral.

A própria norma consumerista já nasceu de maneira equivocada ao se denominar Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando na realidade, sob uma leitura constitucional deveria se chamar Código de Proteção e Defesa **das Relações de Consumo**, em respeito ao equilíbrio que deve existir nas relações jurídicas contratuais.

As divergências apontadas demonstram nitidamente que esta proteção é desproporcional e fere diametralmente os princípios contratuais.

Não obstante é possível se admitir que a simples existência da proteção contratual alicerçada nos princípios da boa-fé e na função social dos contratos seria suficiente para garantir eficácia e proteção, inclusive ao consumidor transformando o Código de Proteção e Defesa do Consumidor em verdadeira norma simbólica.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 15 de maio de 2015

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2015

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20100710331636, da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relatoria: Ana Catarino, Brasília, DF, 28 maio. 2014. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/temas-em-debate/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/principio-da-boa-fe-objetiva>>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil: v 4*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno; em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2001

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0166633-3, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, Relatoria: Cunha Ribas, Curitiba, PR, 07 de abril 2005.

Disponível em: < <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5226257/apelacao-civel-ac-1666333-pr-apelacao-civel-0166633-3>> Acesso em: 15 de maio de 2015.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. Coleção Prof. Agostinho Alvim. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.