XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

KEILA PACHECO FERREIRA

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

JOANA STELZER

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Joana Stelzer, Keila Pacheco Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-049-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Globalização. 3. Relações de consumo. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O presente estudo consubstancia-se em obra que reúne uma coletânea de artigos de excelência acadêmica comprovada não apenas em razão de sua seleção pelo sistema double blind peer review, mas, também por sua apresentação no Grupo de Trabalho Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo ocorrido por ocasião do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), na cidade de Aracaju SE, entre os dias 3 a 6 de junho de 2015, reunindo pesquisadores e estudantes oriundos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Dentre os traços mais marcantes desse Grupo de Trabalho, teve-se a profundidade na discussão sobre o consumo e o consumismo, o fenômeno da globalização, o superendividamento e aspectos de responsabilidade que norteiam as relações de consumo. Os trabalhos promoveram uma crítica científica de cunho altamente reflexivo sobre o cenário contemporâneo, mediante uma interlocução comprometida por parte dos expositores que demonstraram possuir qualificação para argumentar sobre essas complexas questões contemporâneas.

A diversidade dos temas apresentados também trouxe um anseio generalizado pelas novas abordagens que as temáticas merecem e que não se resumem a uma ótica exclusivamente normativa. As discussões de alto nível entre os pesquisadores de diversas partes do País trouxeram imensa satisfação às Coordenadoras desse Grupo de Trabalho que puderam vivenciar tão enriquecedora experiência.

No intuito de revisitar os temas e autores, passa-se a fazer breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra.

Os autores Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, apresentam um estudo sobre o superendividamento e seus reflexos na sociedade contemporânea partindo da compreensão da modernidade líquida e dos novos pobres no artigo O Superendividamento como um problema de Direitos Fundamentais.

Partindo das patologias do consumo na sociedade moderna, e as diferentes implicações nas questões sociais, ambientais e econômicas as autoras Livia Gaigher Bosio Campello e

Mariana Ribeiro Santiago discorrem sobre as novas dinâmicas da locação de coisas, ressignificação da propriedade e efetivação do consumo solidário e sustentável.

Em Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira, os pesquisadores Everton Das Neves Gonçalves e Joana Stelzer ao tratar de diagnosticar o cenário contemporâneo da certificação do Comércio Justo, especialmente no âmbito brasileiro, demonstram que os princípios jurídicos, as regras de certificação e os códigos de conduta nada mais são do que estímulos normativos para uma mudança do comportamento de consumidor para agente de transformação social.

Analisando a aplicação dos sistema S1 e S2 de Daniel Kahneman no sistema consumista e evidenciando conceitos e origens do sistema consumista, os autores Jose Everton da Silva e Marcos Vinícius Viana da Silva buscam compreender qual dos dois sistemas é aplicado no momento da compra dos novos produtos.

Trazendo à tona e inserindo o conceito da obsolescência programada no contexto da sociedade de risco, os autores Sérgio Augustin e Daniel Bellandi realizam uma breve crítica ao pensamento econômico da era da modernidade e apontam que, se observadas a pleno o conceito de obsolescência programada, consumo, consumismo e crescimento econômico, encontraremos intrínsecas inúmeras possibilidades de atenuação da crise ambiental em nosso planeta.

Tratando em seu artigo de formas a potencializar a segurança do consumidor e ao mesmo tempo fomentar o mercado de incorporações imobiliárias, os pesquisadores Leandro de Assis Moreira e Franco Giovanni Mattedi Maziero apresentam a utilização conjunta dos dois instrumentos, ou seja, o patrimônio de afetação em sociedade de propósito específico para o desenvolvimento de cada empreendimento de incorporação imobiliária.

Já em O apelo midiático e a publicidade subliminar no atual contexto das relações de consumo: Implicações e Responsabilidades, a autora Alana Gemara Lopes Nunes Menezes traz à tona a problemática das práticas publicitárias enganosas, especialmente a técnica subliminar e o merchandising, sua tutela pelo Direito e as suas consequências para o consumidor brasileiro.

Sergio Leandro Carmo Dobarro e Andre Villaverde de Araujo, ao estudar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor, demonstram

que o mesmo deve funcionar como arcabouço de concretização de direitos e imputação de saldo benéfico ao processo, protegendo de modo mais energético àqueles que findam encaixilhados como vítimas pontuais na sociedade consumerista.

Partindo da conceituação enquanto bem jurídico supraindividual e a ausência de efetividade no plano da concretude, os autores Ângelo Maciel Santos Reis e Felipe Carneiro Pedreira da Silva em A (in)eficácia dos tipos penais do Código de Defesa do Consumidor tratam acerca dos tipos penais presentes no referido código, demonstrando que a proteção aos direitos da coletividade se torna inadequada ou insuficiente sob a perspectiva do Direito Penal.

Ao apresentar o caso do superendividamento sob o enfoque da legislação brasileira e a importância da propositura de soluções eficazes para frear tal fato, os pesquisadores Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura e Manoel Alexandre Cavalcante Belo demonstram a necessidade emergencial de uma reforma no Código de Defesa do Consumidor, bem como, que o superendividamento é uma questão de ordem pública, e como tal deve ser tratado.

Em A incidência e aplicabilidade do recall nas relações de consumo brasileiras, Patricia Martinez Almeida e Vladmir Oliveira da Silveira tratam do tema citado concluindo que nas relações em que ocorre o presente instrumento ainda não são satisfatórias, tanto em relação à falta da necessária transparência nas informações, seja pela abrangência de sua incidência prática.

Relatando a atividade administrativa das audiências de conciliação no âmbito do PROCON-TO como uma tentativa de dar uma resposta do poder público satisfatória ao consumidor, as autoras Renata Rodrigues de Castro Rocha e Liliane de Moura Borges reconhecem o serviço que vem sendo prestado à sociedade pelo PROCON-TO e Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, concluindo que os Estados podem lançar mão desse tipo de mecanismo para tentar superar o obstáculo organizacional.

Abordando o dever de informação nos Contratos de Seguro-Saúde como desdobramento do Princípio da Boa-Fé Objetiva, os pesquisadores Evelise Veronese dos Santos e Roberto Wagner Marquesi expõe esse dever como de extrema importância, por isso as partes devem observar com rigor seu dever de informar, atingindo, com isso, a ideia da transparência contratual.

Discutindo sobre a crescente demanda do Direito Contratual relacionado ao Direito do Consumidor, Stefania Fraga Mendes e Roberto Alves de Oliveira Filho em seu artigo O

princípio da boa-fé como instrumento de equilíbrio e proteção nas relações de consumo no Brasil e na União Européia apresentam a aplicação do instrumento ora citado como um meio para a redução da desigualdade negocial entre consumidor e fornecedor.

Por fim, os autores Sérgio Augusto Pereira Lorentino e Leonardo Macedo Poli fazem uma análise da autonomia dos consumidores nos contratos dentro da contemporaneidade.

As discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores na área consumerista, fomentando e amadurecendo a pesquisa na área do Direito, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros do CONPEDI.

É com muita satisfação que apresentamos esta obra. É garantida rica leitura e reflexão a todos.

Coordenadoras do Grupo de Trabalho

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr UNICURITIBA

Profa. Dra. Keila Pacheco Ferreira - UFU

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO E PROTEÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPÉIA

EL PRINCIPIO DE LA BUENA-FE COMO INSTRUMENTO DE EQUILIBRIO Y PROTECCIÓN EN LAS RELACIONES DE CONSUMO EN BRASIL Y LA UNIÓN EUROPEA

Stefania Fraga Mendes
Roberto Alves de Oliveira Filho

Resumo

O presente trabalho versa sobre a crescente demanda do Direito Contratual relacionado ao Direito do Consumidor, no que tange aos contratos de adesão, como instrumento de contratação em massa, apresentando a aplicação do princípio da boa-fé como medida para a redução da desigualdade negocial entre consumidor e fornecedor. O tema, por sua vez, é multidisciplinar, convergindo vários ramos do direito, tais como o Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Consumidor e leis especiais, o que possibilita a existência do diálogo das fontes. Far-se-á, igualmente, um estudo de direito comparado, tendo por primazia o tratamento da matéria pela legislação brasileira, espanhola e da União Européia, tendo em vista a semelhança entre a identidade jurídica dessas legislações. A transformação da teoria geral dos contratos resultou no surgimento de novos preceitos, visando equilíbrio e harmonia na relação contratual, por meio da observância de princípios como a boa-fé objetiva. Dada à riqueza da doutrina brasileira e espanhola, é imprescindível a verificação dos entendimentos e posições que têm sido tomadas pelos juristas acerca do referido tema, que é atual e convidativo. A pesquisa tem como fundamento a problemática existente nos contratos de adesão e a eficácia do princípio da boa-fé nos contratos face às novas modalidades contratuais, servindo como ferramenta de redução de desigualdades e injustiças entre os contratantes.

Palavras-chave: Direito do consumidor, Contrato de adesão, Boa-fé objetiva.

Abstract/Resumen/Résumé

El presente trabajo muestra la creciente demanda del Derecho Contractual relacionado al Derecho del Consumidor, en lo que respecta a los contratos de adhesión, como instrumento de contratación en masa y presenta la aplicación del principio de buena fe como medida para a reducción de la desigualdad entre consumidor y proveedor. Este tema es multidisciplinario, abarcando varias ramas del derecho, tales como Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, Derecho del Consumidor y leyes especiales, lo que posibilita la existencia del diálogo entre las fuentes. Se presenta igualmente, un estudio de derecho comparado, teniendo como base el tratamiento de la materia por la legislación brasileña, española y de la Unión Europea, tomando en cuenta la semejanza entre las identidades jurídicas de estas legislaciones. La

transformación de la teoría general de los contratos dio como resultado el surgimiento de nuevos preceptos, buscando el equilibrio y la armonía en la relación contractual, por medio da la observación de los principios como la buena fe objetiva. Dada la riqueza de las doctrinas brasileña y española, es imprescindible la verificación de los entendimientos y posiciones que han sido tomadas por los juristas acerca del mencionado tema, que es actual y atractivo. La investigación tiene como fundamento la problemática existente en los contratos frente a las nuevas modalidades contractuales, sirviendo como herramienta de reducción de las desigualdades e injusticias entre los contratantes

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho del consumidor, Contrato de adhesion, Buena-fe objetiva.

Introdução

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, denominado pela sigla CDC, foi instituído pela Lei 8.078/1990, revelando-se uma norma de proteção de vulneráveis. De acordo com o contexto que será demonstrado neste trabalho, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor constitui uma norma pós-moderna, visto que reaviva antigos conceitos do Direito Privado, tais como o contrato, a responsabilidade civil e a prescrição.

No entanto, o mesmo comportamento é vislumbrado nas legislações estrangeiras, caso do Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro, também conhecido como *Ley general de consumidores y usuarios*, na Espanha.

A pós-modernidade introduz a idéia de unidade mundial, de um modelo geral para as ciências e o comportamento humano, falando-se inclusive em linguagem global, em economia globalizada, unificação dos mercados e até mesmo em um Direito uno.

Nesse sentido, as legislações consumeristas caminham em direção a realidade pós-moderna, ao tratar de formas alternativas as questões de Direito Privado e Público, ao sistematizar conceitos indeterminados como o da boa-fé e por figurar uma norma aberta, suscetível a diálogos interdisciplinares e ao diálogo das fontes, como se verifica no art. 7º do CDC brasileiro, gerando assim uma nova era ou dimensão de direitos.

2. Conceito de Consumidor

O termo consumidor possui várias acepções, não apenas jurídica, mas econômica e política. Devido ao seu vasto campo conceitual, a delimitação do consumidor como sujeito de direito originou inúmeras teorias e estudos no Brasil, na Espanha e em todo o mundo. É de grande valor a tarefa dos juristas e filósofos do direito na busca da delimitação de limites ao conceito de consumidor.

De acordo com os dicionários Aurélio e Houaiss de língua portuguesa, consumidor é pessoa que compra para uso próprio gêneros ou mercadorias. Para os economistas, o consumidor é um sujeito de mercado que adquire bens ou utiliza serviços com a finalidade de destiná-los a satisfação de suas necessidades pessoais ou familiares.

Malgrado estejam corretos esses conceitos, há uma preocupação maior dos juristas ao conceituar a figura do consumidor, pois ele é visto como o principal agente da vida econômica. Para o consumidor é voltado o esforço da produção, sendo que os produtos são vendidos e os serviços são fornecidos a ele. Busca-se seduzir o consumidor com a

publicidade. É o consumidor quem paga a conta da produção e é dele que vem o lucro do produtor.

Sua influência pode ser vislumbrada nos dois extremos da estrutura econômica, seja no ponto final da cadeia de produção, na qual ele adquire, consome e utiliza os produtos e serviços oferecidos, julgando-os e até mesmo selecionando-os.

Na outra ponta, a da produção, o consumidor ainda pode fazer-se ouvir, tanto pela sua reação negativa a um determinado produto, quanto pela manifestação de uma necessidade de consumo específica.

Há que se levar em consideração também que existem vários tipos de consumidores, com maior ou menor poder aquisitivo, informados e desinformados, crianças, adultos e idosos, consumidores indefesos e capazes de se defenderem. Nesse sentido, Guido Alpa propugna que o consumidor deve ter um tratamento individualizado, que atenda as suas particularidades e interesses específicos, e não como uma determinada classe existente em uma sociedade (ALPA, 1986, p.23).

Para o Direito, o referido termo abarca vários sentidos, teorias e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Nessa senda, não há um conceito jurídico-científico claro e único de consumidor. Ainda que inexista qualquer relação entre os conceitos oriundos das suas varias fontes, em todas elas subjaz o mesmo tipo de adquirente ou usuário de bens e serviços que se tem a finalidade de proteger.

Um dos idealizadores do anteprojeto do Código de Proteção e defesa do Consumidor, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin aduz que na seara jurídica, a visão puramente técnica de consumidor, arraigada ao conceito econômico não é inteiramente aceita pelo direito, visto que as considerações políticas podem ampliar ou restringir este conceito, que após ser remodelado pela doutrina e jurisprudência, poderá ter um efeito diverso do pretendido inicialmente pelo legislador (BENJAMIN, 1988, p. 74).

Logo, a problemática consistente em determinar a noção hodierna de consumidor está vinculada aos avanços experimentados pela corrente de proteção dos consumidores, que nas últimas décadas, ampliou o leque de pessoas consideradas carecedoras de uma proteção especial no tocante às relações de consumo.

Por conseguinte, Carlos Lasarte Álvarez assevera que, em termos gerais, podem-se distinguir duas noções diferentes de consumidor, sendo uma concreta, calcada fundamentalmente nas pessoas que adquirem bens ou serviços para uso privado e uma noção

ampla ou abstrata, que inclui todos os cidadãos como pessoas que aspiram ter uma melhor qualidade de vida (ÁLVAREZ, 2013, p. 53).

E o aludido jurista ainda complementa:

> En realidad las nociones abstractas y concretas no son, pues, categorías homogéneas, puesto que las primeras constituyen el instrumento de que sirve el legislador para hacerse uma idea de la realidade que pretende regular y de los objetivos perseguidos mediante la acción legislativa; en tanto que las segundas, como se comprobará, constituyen el instrumento técnico mediante el que se acota el ámbito de aplicación de las normas promulgadas o proyectadas (ÁLVAREZ, 2013, p. 53).

Depreende-se, portanto, que a noção concreta é a que permite o exercício pleno e individual dos direitos do consumidor, sendo esta baseada em um critério subjetivo. É utilizada para o desenvolvimento dos textos legais tanto pelo legislador espanhol como pelo legislador da União Européia.

No Brasil, o conceito legal de consumidor está expressamente enunciado no art. 2º da Lei 8.078/1990, que dispõe que "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Observando-se o teor desse dispositivo é possível concluir que o consumidor pode ser tanto uma pessoa física como jurídica, sem qualquer distinção.

A legislação espanhola, por sua vez, aboliu a identificação de consumidor como destinatário final na relação de consumo. Baseia-se em um critério subjetivo que tem apenas como elemento normativo a não reintrodução do produto ou serviço no mercado pelo adquirente ou utilizando-o de algum modo no processo de elaboração ou comercialização, de acordo com o expresso no art. 3º do Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro:

> Art. 3º. *Concepto general de consumidor y de usuário.* – A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros III y IV, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesíon. Son tambíen consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro enun ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Entretanto, tal conceito é reiteradamente objeto de críticas pela doutrina espanhola, no sentido de que mesmo sendo breve e conciso, é excessivamente restritivo, visto que também exclui da condição de consumidor toda pessoa, que durante a relação de consumo, exerça qualquer atividade de natureza profissional ou empresarial.

Como bem aponta Ángel Acedo Penco, a proteção legal do consumidor vem se justificando pela desigualdade entre as partes, sobretudo desde o ponto de vista econômico e técnico ao conhecimento de mercado (PENCO, 2012, p.31).

A respeito da pessoa jurídica consumidora no Brasil, outras são as perplexidades levantadas, porém foi acertada a escolha do legislador em incluir a pessoa jurídica como sujeito de direito na relação de consumo, conforme a lição de José Geraldo Brito Filomeno:

> Prevaleceu, entretanto, como de resto em algumas legislações alienígenas inspiradas na nossa, a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como consumidores de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa (FILOMENO, 2004, p.32).

Ademais, Júlio Moraes Oliveira também defende a inclusão da pessoa jurídica como consumidora, através da teoria do finalismo mitigado, que tem por escopo a relativização da vulnerabilidade no tratamento do consumidor-empresário. De acordo com Júlio Moraes, o consumidor pode ser tanto um empresário individual como uma sociedade empresária, mas tal fato não generaliza a aplicação do Código de Defesa do Consumidor de maneira livre e irrestrita, devendo a análise ser feita sobre a figura do próprio consumidor, de acordo com o caso concreto (OLIVEIRA, 2012, p. 103).

O referido jurista ainda destaca que além das espécies tradicionais de vulnerabilidade consolidadas pela doutrina e jurisprudência, outros elementos como a dependência do produto, o monopólio da produção, a natureza adesiva do contrato ou a extrema necessidade de obtenção de um bem ou serviço podem configurar tal definição.

Sendo assim, uma vez presentes os elementos da relação de consumo, é irrelevante a discussão sobre o enquadramento da pessoa ao conceito, visto que a vulnerabilidade do consumidor é elemento essencial da relação de consumo.

O fato de a pessoa jurídica ser economicamente forte ou não acaba sendo dispensável, pois tal comprovação confunde hipossuficiência com vulnerabilidade.

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Brasil, já entendeu que existe a possibilidade de se mitigar a vulnerabilidade da pessoa jurídica, afastando a interpretação do Código de Defesa do Consumidor:

> Processo Civil e consumidor. (...). Relação de consumo. Caracterização. Destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Atividade empresarial. Mitigação da regra. Vulnerabilidade da pessoa jurídica. Presunção relativa. (...). Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A paridade de armas entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. (STJ – RMS 27.512/BA – Terceira Turma. Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi – Dj. 20.08.2009).

De acordo com a legislação brasileira, o principal indicativo da condição de consumidor é o fato que ele deve ser o destinatário final do produto ou serviço, ao passo que a legislação espanhola considera consumidor qualquer pessoa que atue com um propósito alheio a sua atividade comercial ou empresarial, devendo assim fazer o uso do bem ou serviço adquirido.

3. Acepção do termo Obrigação

O Direito está situado no mundo da cultura, dentro da concretude das realizações humanas. Anteposto a esse mundo da cultura, que é vislumbrado como o mundo ideal ou do "dever ser", está o mundo que "é" ou o mundo da realidade.

Por sua vez, no mundo da realidade, as condutas humanas são valoradas e através desse juízo de valor se pode atingir o campo do Direito, o que possibilita a existência de segurança na vida em sociedade.

As relações jurídicas configuram-se em função de uma escala valorativa social, ou seja, os seres humanos durante sua vida praticam determinados atos em razão dos valores a eles atribuídos pela sociedade, de acordo com as necessidades da vida.

Há, portanto, um estímulo em decorrência de um valor para que seja realizada uma relação jurídica, o que leva as pessoas a fazerem algo para alguém com a finalidade de receber uma contraprestação. Em outras palavras, assim está descrita a obrigação como relação jurídica.

Superada a parte introdutória deste tópico, será iniciado o estudo comparado deste instituto.

O vocábulo obrigação é juridicamente amplo e abrange inúmeras acepções, dependendo da forma como é empregado. A título de ilustração menciona-se o cidadãoque é obrigado a pagar o imposto de renda; ao vizinho é constituída obrigação de que se respeite o direito ao sossego, o motorista que é obrigado a conduzir seu veículo dentro das normas de trânsito, o empregado que é obrigado a comparecer ao seu local de trabalho sem atrasos, o jovem que completa dezoito anos, obrigado a cumprir serviço militar e os cônjuges que são obrigados a manter o companheirismo e respeito mútuos.

Logo, o termo obrigação, expresso nessas relações jurídicas aborda conceitos diferentes, cabendo à ciência jurídica estabelecer essas diferenças, para filtrar o seu exato sentido técnico.

A doutrina moderna usa como paradigma o conceito de obrigação formulado pelos romanos, no *Corpus Juris Civilis*, mais especificamente no clássico conceito de obrigação das Institutas de Justiniano: "*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*"[1], que corresponde no vernáculo:"a obrigação é um vinculo jurídico que nos obriga a pagar alguma coisa, ou seja, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, segundo as leis da cidade".

Esta última parte, "segundo as leis da cidade", remete-se à tradução literal do conceito, a qual era relacionada à vida dos romanos ao seu tempo. Por essa razão, não será aproveitada neste estudo, o que resume a obrigação em um vínculo jurídico, pelo qual somos constrangidos a pagar a alguém alguma coisa.

---

[1] JUSTINIANO. *Institutas*, *líber tertius*, XIII, *De obligationibus*. Disponível em: <www.openlibrary.org>. Acesso em: 22 ago. 2011.

Segundo Maria Helena Diniz, nesta definição há nebulosidade quanto ao objeto da obrigação, pois não há obrigações apenas com o fim específico de pagamento, mas também porque não é clara a materialidade ou imaterialidade do objeto (DINIZ, 2010, p. 27).

Com efeito, o moderno conceito de obrigação gira em torno dessas ideias do Direito Romano, pois se funda sempre no fato de o devedor obrigar-se a realizar determinada prestação ao credor, sendo essa vinculação calcada no patrimônio do promitente, o qual não se pode esquivar do seu cumprimento e onde repousa a confiança que o credor lhe tem.

Ademais, a obrigação é também um instrumento por meio do qual as pessoas podem realizar suas atividades de cooperação social, bem como fazer a troca de bens e serviços, não sendo apenas um instituto que pugna tão somente pela busca do adimplemento entre os contratantes.

Em sentido amplo, é possível vislumbrar o caráter dúplice da obrigação sob a perspectiva patrimonial: como elemento ativo do patrimônio do credor e ao mesmo tempo como elemento passivo do patrimônio do devedor.

O Código Civil brasileiro de 2002 omitiu-se em conceituar obrigação. Omissão esta que se revelou salutar, pois não é tarefa do legislador definir tal conceito, mas sim dos doutrinadores. Contudo, o Código Civil espanhol, no seu quarto livro, traz um conceito de obrigação no art. 1.088 ao dispor que "toda obrigação consiste em dar, fazer ou não fazer alguma coisa".

Na doutrina, vários são os autores tanto no Brasil, como na Espanha e em todo o mundo, que conceituaram o instituto da obrigação, sendo o mais completo desses conceitos o preferido pelo doutrinador brasileiro Washington de Barros Monteiro:

> A obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio (MONTEIRO, 2003, p.8).

Nesse sentido, em relação à doutrina espanhola, cabe trazer à colação o conceito de Luis Diez-Picazo:

> La relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes y servicios mediante una recíproca cooperación (DIEZ-PICAZO, 2013, p.111).

Da análise destes conceitos doutrinários e legais, pode-se afirmar que a obrigação é uma relação jurídica, pois cria direitos e deveres entre as pessoas, seja expressa em lei ou no contrato. Logo, é da essência da obrigação, a livre manifestação da vontade, emanada da autodeterminação das pessoas e que se perfaz através do negócio jurídico, o qual representa o coroamento da autonomia privada, por onde as partes se obrigam.

Este entendimento é amplamente utilizado no estudo das obrigações e das várias modalidades de contratos em espécie. Cumpre salientar que estão afastados do Direito das Obrigações os deveres alheios ao direito, como a gratidão, cortesia, e os demais deveres morais, religiosos ou sociais, visto que, em face ao inadimplemento, o devedor não poderia ser compelido ao pagamento de um débito dessa natureza.

Observa-se o caráter transitório da obrigação devido à inexistência de obrigações perpétuas, sendo a efemeridade é traço marcante na obrigação, pois para o mundo jurídico ela possui nascimento com a contratação, vida com a duração e morte com o pagamento, nas modalidades de dar, fazer ou não fazer.

Sendo assim, é evidente a presença do dinamismo na obrigação, pois se esta fosse inerte, jamais atingiria o fim para o qual foi proposta, sendo desta forma impossível a sua extinção, podendo-se acrescentar que a passagem do tempo acarreta a inexigibilidade de seu adimplemento, através do fenômeno da prescrição.

Concluída a prestação convencionada, estará exaurida a obrigação, alforriando o devedor e satisfazendo o direito do credor, podendo o seu desfecho ser amigável ou litigioso.

O objeto da obrigação é traduzido numa prestação pessoal, ou seja, apenas a pessoa vinculada é apta ao seu cumprimento, encaixando-se no binômio (devedor e credor), que podem ser pessoas naturais ou jurídicas, sendo impossível a existência da obrigação sem a presença do primeiro ou do segundo. Por conseguinte, deve ser economicamente apreciável, visto que a prestação positiva ou negativa (dar, fazer ou não fazer), seja suscetível de avaliação monetária.

Entretanto, convém salientar que, em determinados casos, há existência de apenas interesse simplesmente moral da prestação, mas mesmo assim, este deverá ser suscetível de aferição monetária.

Ademais, entende-se que a patrimonialidade do objeto da prestação constitui seu caráter específico, afastando outros deveres jurídicos, cuja natureza é divergente, como o

dever de fidelidade entre os cônjuges, dos pais que devem zelar pela guarda e educação dos filhos e o dever imposto ao autor e ao réu de agir com lealdade nos atos processuais.

Num contrato de compra e venda o vendedor está interessado na contraprestação em dinheiro, enquanto o adquirente da coisa reflete sobre o valor econômico do bem que está prestes a adquirir. O mesmo ocorre numa relação contratual trabalhista, onde o empregador visa aos benefícios econômicos do trabalho para a empresa e o empregado ao seu salário, como retribuição.

Há, contudo, interesses que não tem por primazia caráter econômico, sendo outro o objetivo procurado. É o que ocorre na seara das obrigações negociais em que uma pessoa se torna sócia de um clube recreativo, ou que compra um sorvete em um dia quente e ensolarado, ou mesmo o doente que procura atendimento médico, o réu que pretende defender seu direito no processo.

Em todas as relações jurídicas elencadas acima, as prestações não se revestem prioritariamente de interesse econômico. Com efeito, esses interesses têm aspectos meramente sociais, intelectuais, cívicos, relacionados ao lazer e o inadimplemento da prestação obrigacional nesses casos, mesmo que o objeto da prestação seja desprovido de valor econômico, poderá ser representado em uma indenização em dinheiro.

Em ultimo caso, o patrimônio do devedor responderá pelo adimplemento. Entretanto, ressalva Sílvio de Salvo Venosa, que mesmo em situações cuja obrigação é personalíssima, a título de exemplo, a contratação de determinado artista para fazer a pintura de um retrato, este não poderá ser obrigado a cumprir o contratado, por atentar contra a dignidade da pessoa humana, mas o não cumprimento da obrigação *intuitu personae* não elide o devedor do adimplemento, sendo a referida questão resolvida em perdas e danos (VENOSA, 2011, p.6).

Diante da possibilidade de inadimplemento, o credor poderá socorrer-se do artigo 391 do Código Civil brasileiro, que permite o adimplemento das obrigações com todos os bens do devedor, sendo o mesmo teor desse dispositivo encontrado no art. 1.911 do Código Civil espanhol, ao dispor que o devedor responde pelo cumprimento das obrigações com todos os seus bens presentes e futuros.

Desse modo, é da essência da obrigação à exigibilidade de satisfação do interesse econômico do credor, mesmo que para isso seja necessário o uso do Poder Judiciário para se buscar no patrimônio do devedor inadimplente o *quantum* que satisfaça o crédito devido e a composição do prejuízo causado.

Menciona-se que embora o referido dispositivo exista para proteger e satisfazer o interesse do credor há limitações no tocante aos bens do devedor que serão aptos para sanar a dívida.

Nesse caso, o Código Civil deve ser interpretado conjuntamente com o Código de Processo Civil, cujo diploma apresenta em seu art. 649 o rol de bens impenhoráveis, os quais, segundo o ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier, devido a razões de ordem política, social e humanitária, são pela lei, excluídos da responsabilidade patrimonial, por se tratar de bens absolutamente ou relativamente impenhoráveis, tais como os bens de família, descritos na Lei n° 8.009, de 29 de março de 1990 (WAMBIER, 2010, p.137).

O referido texto legal também instituiu como impenhorável o único imóvel residencial ou de menor valor do casal ou da entidade familiar.

Entendimento semelhante pode ser extraído da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, na qual a abrangência da impenhorabilidade não tange os imóveis pertencentes a pessoas solteiras, separadas ou viúvas, os quais podem ser penhorados.

Assim sendo, também não serão alcançados pela penhora, os bens previstos no art. 1.711 do Código Civil, que possibilita aos cônjuges e a entidade familiar, destinarem parte de seu patrimônio como bem de família, respeitando o limite de um terço do patrimônio liquido existente ao tempo da instituição.

Na legislação espanhola, tal assunto está disciplinado na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 07 de janeiro de 2000, cujo rol dos bens impenhoráveis está previsto nos arts. 605 a 609, bem como a exceção prevista no Código Civil espanhol, no art. 1.807 e o art. 140 da *Ley Hipotecaria* de 8 de fevereiro de 1946.

Diante do exposto, conclui-se ser importante o papel da responsabilidade na seara patrimonial, visto que ela possui dupla atuação, vale dizer, uma que visa garantia contra o possível descumprimento da relação jurídica obrigacional e a outra se encontra em seu caráter psicológico-coercitivo, compelindo o devedor a realizar manifestamente seu débito.

Concernente à função social das obrigações, Silvio Rodrigues classifica as mesmas em três categorias: obrigações manifestas da vontade humana, de atos ilícitos e decorrentes da lei. Sendo as primeiras oriundas da vontade entre os contratantes, as segundas, derivadas de ações ou omissões culposas do agente, que resultaram em dano à vítima e as terceiras que decorrem diretamente da lei, como a reparação de um prejuízo causado ou prestação alimentícia (RODRIGUES, 2006, p. 10-11).

Nesse sentido, aduz Nelson Rosenvald sobre como se deve entender a obrigação, de uma maneira atual, mas que não foge ao que foi apresentado:

> A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo, uma série de atos relacionados entre si, que desde o inicio se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o *status* formal das partes, mas a finalidade a qual se dirige a relação dinâmica (ROSENVALD, 2010, p.204).

Infere-se assim, que a essência do Direito das Obrigações, embora preservada e diante dos avanços da sociedade, encontra-se plenamente útil e aplicável, constituindo um substrato capaz de se adaptar a qualquer novidade advinda das relações negociais da vida em sociedade.

Para o encerramento deste tópico e sem prejuízo do que foi apresentado, as obrigações consignam as relações jurídicas transitórias de Direito Privado e de cunho pessoal, nas quais o credor, que é titular de direito, pode exigir do devedor o adimplemento da avença, pois este é sujeito passivo de direito e poderá responder com seu patrimônio.

4. Noção e conceito de contrato

O entendimento da doutrina é pacífico ao salientar que o conceito de contrato é tão antigo quanto o momento em que o homem passou a se relacionar e a viver em sociedade, o que leva à conclusão de que o contrato é uma ideia trazida pela sociedade. Isto se torna evidente na definição romana, criada pelo jurista Ulpiano que, além de concisa é deveras correta: *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou seja, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.[2]

Washington de Barros Monteiro aduz que, muito embora várias codificações estrangeiras tenham se preocupado em definir o contrato, como o Código Civil Francês (art. 1.101) e o diploma Argentino (art. 1.137), o nosso Código Civil brasileiro de 1916, bem como o de 2002 optou por não o fazer, seguindo a mesma linha dos códigos Alemão, Espanhol, Polonês, Suíço e o da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Asseverater sido

[2] ULPIANO. *Digesto, líber secundus, XIV, De pactis.* Disponível em: <www.openlibrary.org>. Acesso em: 14 set. 2011.

uma escolha acertada, pois não é tarefa do legislador ministrar definições, sendo esta função competente aos doutrinadores (MONTEIRO, 2003, p.18).

Luis Diez- Picaso enfatiza o que o Código Espanhol menciona acerca dos contratos.

> El Código Civil dedica el título segundo del Libro IV (arts. 1.254-1.314) a establecer una amplia reglamentación de los contratos. No define, sin embargo, lo que el contrato sea, acaso porque no es, en verdad, función del legislador la de proporcionar definiciones doctrinales y acaso también por presuponer el concepto vigente en el momento de su redacción (DÍEZ-PICASO, 2007. p. 133).

Uma interessante comparação é feita por Flávio Tartuce, na qual o contrato é conceituado classicamente como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. (TARTUCE, 2010, p.32).

A partir desse conceito é possível observar a sua proximidade com a definição constante no art. 1.321 do Código Civil Italiano, cujo dispositivo estipula que: *il contrato è l'accordo di due ou più parti per constituire, regolare ou estinguere tra loro um rapporto giuridico patrimoniale* (o contrato é um acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular, ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial).

Semelhante a este conceito, é o de Washington de Barros Monteiro, que dispõe que o contrato é o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito (MONTEIRO, 2003, p.19).

> Para o professor Luis Diez-Picaso, a concepção moderna de contrato não se limita meramente a um acordo de vontades entre os interessados, sendo que uma vez estabelecido, o contrato será a instituição central, a pedra angular, não apenas do Direito Civil, mas de todo o ordenamento jurídico (DÍEZ-PICAZO, 2007. p. 137).

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que o contrato é um ato jurídico em que se encontra presente a manifestação de vontades, com o escopo de adquirir, alterar ou extinguir relações jurídicas de caráter patrimonial, constituindo, por excelência, um negócio jurídico.

Para a sua existência válida e regular, é necessário observar as condições de validade do negócio jurídico, elencadas no artigo 104 do Código Civil brasileiro, quais sejam, a presença do agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma

prescrita ou não defesa em lei, não podendo também contrariar a boa-fé, os bons costumes, assim como sua função social e econômica.

O Código Civil espanhol, em seu art. 1.261, dispõe que não há contrato se faltar o consentimento dos contratantes, o objeto certo que seja a matéria do contrato e a causa da obrigação que a estabeleça.

Com efeito, o fundamento ético do contrato, na lição de Caio Mário da Silva Pereira, é a vontade humana, desde que esta seja em conformidade com a ordem jurídica, pois seu habitat é a ordem legal e seus efeitos são a criação de direitos e obrigações (SILVA PEREIRA, 2003, p. 7).

Nesse sentido é oportuno o ensinamento de Maria Helena Diniz, relacionado ao que foi exposto acima, ao salientar que o contrato repousa na ideia de um pressuposto factual elegido pelos contraentes e reconhecido pela norma jurídica, tendo como base o efeito jurídico perseguido, norteado pela vontade humana, que atua conforme a ordem jurídica (DINIZ, 2011, p. 32).

Acerca de tal tema, vale destacar a consideração de Luis Díez-Picaso:

> De acuerdo com uma tradicíon secular, el instituto del contrato constituye uno de los pilares básicos del orden económico de nuestra civilizacíon y es el cauce a través del cual se realiza la funcíon económica básica de intercambio y distribuición de toda clase de bienes y servicios entre los individuos y los grupos sociales (DÍEZ-PICAZO, 2007. p. 144).

Depreende-se, portanto, que sempre do resultado de um mútuo consenso, oriundo de um negócio jurídico, estará constituído um contrato. Essa ilação evidencia que o contrato não se restringe apenas ao Direito das Obrigações, podendo estender-se a outros ramos do Direito Privado, como o casamento por exemplo. Sua extensão pode também abarcar tratativas de Direito Público, pois são numerosos os contratos celebrados pela Administração Pública, o que faz do contrato o corolário das obrigações.

5. A massificação dos contratos no direito consumerista

O Direito Contratual é dinâmico e está em constante processo de evolução, pois as formas contratuais mais utilizadas vão se tornando gradativamente mais refinadas, resultado das várias reestruturações sociais e econômicas, que for fim acabam dando gênese até mesmo

a novas formas contratuais, como os contratos de *franchising, leasing e engineering* por exemplo.

Outro fenômeno que vem ocorrendo e que não poderia ser deixado de lado é o apresentado por Sílvio de Salvo Venosa, ao aduzir que com frequência, tem se visto o surgimento de coligações contratuais, que formam uma complexa rede negocial, em grupos interligados de contratos, revelando-se um novo desafio para o intérprete. Como exemplo, há de se supor serem necessários quantos contratos para se lançar no mercado um novo produto ou serviço de elevado nível de consumo, como um refrigerante ou um automóvel, sendo que em razão dessas mudanças econômico-sociais os princípios basilares, tais como o princípio da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana nem sempre acabam sendo facilmente identificáveis aos olhos do operador do direito (VENOSA, 2010, p. 4).

Dentro desse contexto, o aludido jurista arremata:

> A legislação protetiva do consumidor, com definição e compreensão no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), traz princípios ainda em ebulição e não totalmente assimilados pela doutrina e jurisprudência, fazendo-se presente permanentemente na atual relação contratual. Trata-se de conseqüência direta da complexidade crescente da sociedade, para a qual nem sempre os instrumentos clássicos são satisfatórios. O direito dos contratos também se apóia em tratados e convenções internacionais, a interferirem com freqüência na contratação interna (VENOSA, 2010, p.4)

Com efeito, a partir da segunda metade do século XX, os avanços tecnológicos e as novas relações mercantis enfraqueceram o princípio da igualdade formal entre as partes contratantes, relativizando o clássico o *pacta sunt servanda*, figurando injustiças em muitos casos.

Por conseguinte, Paulo Nalin assinala que o contratante do inicio deste século se deparou com uma situação inusitada, criada pelas novas estruturas contratuais que, devido a uma preponderante função massiva, voltada ao escoamento e produção em escala industrial, acabou por despersonalizar a relação contratual (NALIM, 2001. p. 109).

Atualmente a massificação das relações contratuais intensificou a desproporção econômica do contrato, apagando a característica paritária nele presente e criando negócios jurídicos padronizados, devido à impossibilidade de discussão de suas clausulas.

Com efeito, a iniciativa individual e a autonomia da vontade dos contratantes se encontram restringidas. O contrato passa a não ser mais uma regra de conduta, resultado do mútuo consenso entre as partes, visto que uma delas limita-se apenas a aceitar ou recusar o único contrato possível.

Nesse sentido, cumpre aduzir a lição de Luis Diéz-Picaso:

> Las necesidades de racionalización y de celeridad de los intercambios han llegado más lejos y han producido determinados tipos de comportamientos sociales, que, sin previa relación interpersonal, determinan la obtención de los bienes a que se aspira. Son los sistemas de automatización que hoy aparecen por doquier. Las máquinas automáticas permiten la obtención de los servicios reclamados mediante la ejecución de las instrucciones de manejo. En este caso faltan las formas de expresión o de declaración de la voluntad contratual, que son sustituidas por lo que algún sector de la doctrina há denominado una conducta social típica. De esta suerte, los fenómenos de estandarización y de automatización de la materia contractual dan lugar a dos tipos de de fenómenos, que habrán de ser objeto de estudio especial: los contratos de adhesión o contratos tipo, con un contenido preformulado, denominado hoy condiciones generales de la contratación, y lo que pueden denominarse relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conduta social típica (DÍEZ-PICAZO, 2007. p.158).

As figuras contratuais mais convencionadas hoje, como o fornecimento de água e luz, de telefonia fixa ou móvel, de cartões de crédito, de empréstimo, de transporte, de seguro, de franquia, de locação residencial ou predial urbana, de *leasing*, de TV por assinatura, de plano de saúde, bem como outras dezenas de pactos usuais, são formulados através de contratos de adesão, cuja principal característica consiste na apresentação do conteúdo do contrato imposto por uma das partes, restando à outra, apenas a sua anuência.

Ante a esse fenômeno, os ordenamentos jurídicos em todo o mundo foram obrigados a incorporar normas com a finalidade de proteger o contratante débil, como ocorreu na Itália, com o *Códice Civile* de 1942, na Alemanha, com a Lei de 12 de fevereiro de 1976, promulgada posteriormente ao BGB, bem como a criação de leis especiais para a defesa do

consumidor, como ocorreu na Inglaterra, Espanha e no Brasil. Gustavo Ordoqui Castilla menciona a tutela da boa-fé no direito espanhol.

> La tutela de la buena fe en la instrumentación del contrato por adhesion llevó a que en el derecho comparado, legislaciones como la española, Ley 7/98 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; la ley alemana de 9/12/1976; y la portuguesa de 31 de agosto de 1995, previeran lo que se ha denominado "requisitos de incorporación", o sea, exigencias para los contratos de adhesión. En este sentido, para una mayor transparencia se exige no que sean libremente consentidos pero sí que se haya tenido la posibilidad de conocer lo que dicen las cláusulas, que deben ser claras, compreensibles y perceptibles CASTILLA, 2011. p. 70).

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro preceitua no art. 54 que o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas por autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, não sendo possível ao consumidor a modificação substancial de seu conteúdo.

Pablo Stolze Gagliano assevera que essa faculdade de aderência, último respaldo da bilateralidade negocial, coloca o aderente em situação desfavorável, visto que, na maioria das vezes, a parte que elabora o contrato detém um poder econômico superior ou o monopólio de um serviço tido como essencial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 42).

Nesse sentido, o pensamento de Georges Ripert, na análise do contrato de adesão é categórico:

> Que há de contratual neste ato jurídico? É na realidade a expressão duma autoridade privada. O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entra nesse circulo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe: tu quiseste. A não ser que não viaje, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar (RIPERT, 2002. p. 112-113).

Infere-se que o contrato de adesão, uma vez elaborado em conformidade com o princípio da função social e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se um eficaz instrumento de contratação, considerando-se o incontável número de pessoas que o celebram diariamente, seja com diversas empresas, ou mesmo o Poder Público.

E para realçar o exposto, o referido jurista salienta que não se trata peremptoriamente de uma desvantagem lançada em bloco em relação a todos os contratos de adesão e que a rigidez e permanência existentes nestes contratos se revelam como sólidas garantias de sua utilidade, sendo indispensável à vida econômica de um país e que apenas os abusos deste poder de contratar devem ser impedidos (RIPERT, 2002, p. 116).

Por fim, pode-se observar que o que torna nociva esta figura contratual é a abusividade no ato de elaboração do contrato, visto que a demanda de atendimento massivo exige respostas rápidas e padronizadas, mitigando faticamente a igualdade material entre as partes. Busca-se a forma adequada e segura do cumprimento do contrato celebrado em massa, sem desprezar o ser humano como individuo consciente e livre.

6. O princípio da boa-fé como instrumento de equilíbrio e proteção nas relações contratuais e consumeristas

O campo de atuação da boa-fé é amplo, o que implica uma séria dificuldade na sua conceituação, em razão de este princípio comportar uma extensa variedade de significados e aplicações, seja sob o prisma subjetivo ou objetivo, como princípio ou cláusula geral.

O principio da boa-fé tem a função de assegurar o acolhimento do que é licito e de repelir o é ilícito. Diante deste raciocínio, aquele que contraria a boa-fé comete abuso de direito, respondendo no campo da responsabilidade civil.

O Código Civil brasileiro de 1916 não disciplinava a boa-fé como cláusula geral, sendo esta tratada como princípio geral de direito, e em alguns casos como conceito jurídico indeterminado.

Hodiernamente, com a positivação da boa-fé, esta passou a agir principalmente como princípio inspirador do ordenamento jurídico para a aplicação das normas existentes, podendo-se afirmar que é um dos princípios que mais influencia o sistema jurídico brasileiro, representando o baluarte da ética nas relações jurídicas interpessoais.

Em função da sua natureza jurídica, a boa-fé desdobra-se em subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva, também conhecida como boa fé crença, diz respeito ao estado de espírito do agente.

> Em uma primeira acepção, Luis Diéz-Picaso salienta que a boa-fé significa honradez subjetiva de uma pessoa, uma crença nascida de um erro escusável, de que a conduta realizada não esta contra o direito

> e em uma segunda acepção, alude a um conjunto de regras objetivas de honestidade comercial ou jurídica (DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 60).

Nelson Rosenvald aduz que a boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, no qual a pessoa acredita ser titular de um direito que, verdadeiramente só existe na aparência, levando o indivíduo a se encontrar em uma escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio (ROSENVALD, 2005, p.79).

O Código Civil de 2002 açambarcou a boa-fé subjetiva nos artigos 1.201, 1.214 e 1.219, dimensionando a convicção interna do possuidor no tocante a inexistência de defeitos em sua posse.

Obtempera Judith Martins-Costa, que esta situação de ignorância é escusável por residir no próprio estado subjetivo de desconhecimento por parte do agente, nas hipóteses de casamento putativo, da aquisição de propriedade alheia mediante a usucapião, seja numa errônea aparência de certo ato, como mandato aparente ou herdeiro aparente (MARTINS-COSTA, 1999. p. 411-412).

No mesmo sentido, está o entendimento de Luis Diéz-Picaso:

> La buena fe es considerada como "ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho". Al acto, que es objetivamente irregular, pero realizado por una persona con la convicción de que su comportamento era regular y permitido, se le da un trato más benévolo. Ocorre así cuando los códigos hablan del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, o con materiales ajenos creyendo que son propios; del vendedor que es de buena fe cuando ignora los defectos ocultos que tiene la cosa vendida, y en otros muchos casos semejantes (DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 60).

O princípio da boa-fé objetiva, na lição de Nelson Rosenvald, compreende um modelo para a ética da conduta social, sendo deveras um *standard* jurídico comportamental, orientado por padrões sociais de honestidade e lisura, de modo a não frustrar a legitima confiança da outra parte (ROSENVALD, 2005, p.80).

Antes de se dar o devido aprofundamento ao cerne deste tópico, é mister que fique evidenciada a dicotomia existente entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, que de acordo com a alusão feita por Fernando Noronha:

> A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio (NORONHA, 1994, p.132)

Essa distinção é essencial para a compreensão destes institutos, pois a boa-fé objetiva é analisada externamente, aferindo-se a correção da conduta do individuo, tendo a sua convicção pouco valor, contrariamente a boa-fé subjetiva, na qual o comportamento humano é desprovido de honestidade e retidão.

O melhor entendimento sobre o princípio da boa-fé objetiva é o desenvolvido por Miguel Reale:

> A boa-fé objetiva é noção sinônima de "honestidade pública" e "se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal".[3]

O princípio da boa-fé objetiva, segundo Nelson Rosenvald, pressupõe uma relação jurídica que ligue os contratantes, impondo-lhes especiais deveres recíprocos de conduta, conjugados com padrões de comportamento exigíveis dos profissionais competentes nas tratativas e uma reunião de condições que ensejem na outra parte um estado de confiança no ato negocial (ROSENVALD, 2010, p. 80).

Nesse sentido o Código Civil refere-se a ela no artigo 422, assim como o diploma espanhol prevê dispositivos com o mesmo teor nos arts. 7.1 e 1.258, de sua legislação.

As codificações européias, em sua quase totalidade, incorporaram o princípio da boa-fé em seus textos legais, ainda que, em alguns deles, sua aplicação prática não se compare ao papel fundamental do parágrafo 2º do artigo 242 do BGB.

O artigo 242 do Código Civil Alemão consigna que a boa-fé objetiva é o agir com lealdade e confiança, para que não se traiam as legítimas expectativas da contraparte.

O diploma civil Italiano de 1942 traz vários dispositivos que consagram a boa-fé, forjando um modelo que ulteriormente orientou a propagação do referido princípio nos

---

[3] REALE, Miguel. *A boa-fé no código civil*. O Estado de São Paulo, 16-08-2003.

demais ordenamentos através do mundo, sendo que no artigo 1.175, as partes devem comportar-se pela regra da *corretteza*, que no vernáculo corresponde à retidão e seriedade.

Ainda no mesmo ordenamento, o artigo 1.176 impõe diligência ao adimplemento, ao referir que o devedor deve valer-se da diligência do *bonus pater familias*.

Por fim, a referida codificação ainda dispõe sobre o comportamento das partes no desenvolvimento das negociações e sobre a interpretação do contrato segundo a boa-fé, nos artigos 1.336 e 1.337.

Com relação aos contratos de adesão, a boa-fé objetiva é um eficaz instrumento de proteção e equilíbrio contratual em relação ao contratante mais fraco, de acordo com a lição de Gustavo Ordoqui Castilla:

> La debilidad no está en no tener dinero sino en no poder negociar (...). La buena fe del proponente debe quedar evidente no sólo en el contenido de las cláusulas sino en la claridad de la redacción y de visión de lo escrito (...). Con el contrato de adhesión se debilita, por no decir, desaparece, tanto la libertad de contratación, pues en ocasiones no sólo no se participa de la posibilidad de negociar sino que existe necesidad o urgencia del producto o servicio lo que determina falta de libertad para no contratar (CASTILLA, 2011, p. 70).

A vigência do princípio da boa-fé determinou a existência de critérios interpretativos particulares em prol do aderente, com o intuito de afastar eventuais abusos no momento da contratação. O Código Civil espanhol, no art. 1.288 destaca que em caso de redação confusa ou obscura, as cláusulas contratuais não deverão favorecer quem as formulou, sendo a mesma matéria tratada nos arts. 46 e 47 do Código de Proteção e defesa do Consumidor brasileiro.

Em caso de existência de abusos em se tratando de prestações desequilibradas ou injustificadas, o princípio da boa-fé será aplicado a essas cláusulas, para se atingir o equilíbrio da relação contratual (arts. 82 e 83, do Real Decreto Legislativo 1/2007), cujo exato teor se encontra nos arts. 51 e 54 do diploma consumerista brasileiro.

Uma das situações mais lembradas de desrespeito à aplicação do princípio da boa fé objetiva no Brasil é o caso que envolve o cantor Zeca Pagodinho e as duas cervejarias às quais emprestou sua imagem como meio de publicidade.

> INDENIZAÇÃO - Danos morais e materiais - Contrato de utilização da imagem e voz de cantor em campanha publicitária de cerveja - Quebra do contrato, com o debande do artista para empresa

> concorrente - Violação do contrato, com efetivação de danos materiais e morais - Provimento parcial a ambos os recursos - Danos materiais a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento, proporcionalmente ao efetivo cumprimento do contrato de prestação de serviços - Dano moral, considerando a condição das partes e o valor do contrato, na quantia de R$ 420.000,00. (TJSP, Apelação cível 7.155.293-9, 14ª Câmara de Direito Privado. 09.04.2008. Rel. Des. Pedro Alexandrino Ablas).

O referido cantor, a princípio, havia celebrado contrato com a empresa Primo Schincariol S/A, mediante o uso do bordão "Experimenta". Ainda estando em vigência o contrato publicitário com a Nova Schin, o cantor participou de uma campanha publicitária da Brahma, empresa concorrente, cedendo a sua imagem e o seu talento artístico.

No referido comercial, Zeca Pagodinho entoava: "Fui provar outro sabor, eu sei. Mas não largo meu amor, voltei". Além do descumprimento do contrato publicitário, houve violação do princípio boa-fé objetiva por parte do cantor, pelo teor depreciativo da música engendrada na campanha da Brahma.

Ao inferiorizar a cerveja Schincariol em meio à música, classificando-a como "coisa de momento" e concluir dizendo que esta não se compara a que é fabricada pelo seu "grande amor", fica evidente o enquadramento de conduta oposta ao que dispõe o art. 187 do Código Civil.

Com isso, é possível vislumbrar que o uso de um direito, poder ou coisa além do tolerado ou extrapolando os limites jurídicos, vindo a causar lesão a outrem, tem como efeito o dever de indenizar, pois caracteriza o abuso de direito, que na lição de Rubens Limongi França: "O abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito" (FRANÇA, 1991, p. 889).

Maria Helena Diniz pondera que a ilicitude nesses casos, esconde-se no resultado, atentando contra o princípio da boa-fé e aos bons costumes, havendo o desvio da função socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido (DINIZ, 2010, p.209).

Afirma Ruy Rosado de Aguiar que, o "sentimento mau", a intenção de causar dano desaparece como elemento essencial exigido pela jurisprudência pátria, para o reconhecimento da presença do abuso de direito, pois o projeto tem por escopo dispensar o elemento subjetivo, satisfazendo-se com a culpa social que reside no comportamento excessivo (AGUIAR JUNIOR, 2000, p.23).

Nessa senda, o objetivo dos art. 187 do Código Civil de 2002e o art. 7.2 do diploma espanhol é salientar que o cerne do abuso não se encontra no plano psicológico da culpabilidade, mas sim no desvio de direito e a deturpação de sua finalidade ou função social.

O mesmo entendimento pode ser extraído do enunciado nº 37, aprovado na *I jornada de Direito Civil*, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, que dispõe que: "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Diante do estudo apresentado, conclui-se que a normatização da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 traduz a situação jurídica atual, traçando o novo perfil da sociedade, inexistente no Código de Bevilaqua, que propugnava pela boa-fé subjetiva, como próprio de sua época.

A crise no antigo modelo jurídico se refletia no cotidiano das pessoas, devido ao tratamento dado ao direito pelas escolas formalistas, como a positivista, que possuía uma concepção exclusivamente técnica, descurando-se de sua vertente ética, de verdadeiro reflexo da cultura jurídica da experiência de uma sociedade (ser) e instrumento hábil a sua transformação (dever ser).

O Código Civil de 2002 e o Código Civil espanhol possuem a boa-fé arraigada profundamente na esfera negocial podendo ser vislumbrados todas as suas formas de aplicação, tendo em mira o reequilíbrio contratual, vale dizer, que assim ocorrerá ruptura das tradicionais formas interpretativas dos contratos, o que torna árdua a atividade hermenêutica em definir qual das funções da boa-fé poderá ser empregada na concretude de cada caso.

Mesmo assim, a sua imprecisão não reduz a sua eficiência, muito pelo contrário, torna a percepção sobre a sua multidisciplinaridade assaz aguçada, criando variadas formas de aplicação no direito e em todas as fases do contrato.

Portanto, a incorporação da boa-fé objetiva como norma jurídica no Código Civil de 2002, assim como no diploma espanhol e em legislações por todo o mundo revelou-se verdadeiro divisor de águas, assumindo a posição de modelo de comportamento no direito e possibilitando aos juristas a formulação de argumentações há muito desenvolvidas e vistas anteriormente em normas expressas em código.

Conclusão

As ciências jurídicas são como organismos vivos, impulsionados pelas necessidades e demandas da sociedade, acompanhando-a através da história, justificando assim a máxima *ubi societas, ibi jus.*

No Brasil, com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que tange à regulação contratual, uma vez que ambos incorporam a nova teoria geral dos contratos.

Observa-se, portanto, que Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como as legislações espanholas e de toda a União Européia são fruto de profundas transformações sociais e políticas ocorridas no século XX, evidenciando-se o anseio social por uma melhor concepção de justiça.

A relação entre consumidor e fornecedor, a proteção contratual e a vulnerabilidade são temas em constante processo de maturação, visto que a busca por um tratamento justo e equânime requer tempo e estudo.

O Direito do Consumidor nas relações contratuais representa uma forma de humanização do Direito, diferentemente do que se encontrava no Código Civil de 1916, marcado pelo rigor do *pacta sunt servanda*. Em síntese, as novas vertentes desenvolvidas no Código de Defesa do Consumidor, e nas legislações consumeristas por todo o mundo, consubstanciam os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.

Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto do Código Civil- As obrigações e os contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALPA, Guido. *Diritto privato dei consumi.* – Bologna: II Mollno, 1986.

ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Manual sobre protección de consumidores y usuários.* 5. ed. – Madrid: Dykinson, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor.* In: RT 628. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Buena fe en los contratos*. – Madrid: Editorial Reus. 2011.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Introducción teoria del contrato. 6. ed. v. 1. – Pamplona: Civitas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

——. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 25. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

——. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. - São Paulo: Saraiva, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTINIANO. *Institutas, líber tertius,* XIII, *De obligationibus*. Disponível em: <www.openlibrary.org>.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil -direito das Obrigações-1ª parte*. 32. ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

NALIM, Paulo Roberto. Do contrato: conceito pós moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Consumidor-empresário. A defesa do finalismo mitigado.* – Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PENCO, Ángel Acedo. *Derecho de consumo*. Análisis jurídico-privado de la ley general para la defensa de los consumidores de 2007. – Madrid: Dykinson, 2012.

REALE, Miguel. *A boa-fé no código civil.* O Estado de São Paulo, 16-08-2003.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.*2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*: *parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v. 3. 5. ed. – São Paulo: Método, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: *contratos em espécie*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.