

**ROBSON ZANETTI \*\***  
*Advogado*

### **I - Da lesão no valor do objeto contratual**

Não pretendemos através deste simples artigo fazer uma abordagem profunda dessa questão, mas tão somente traçar alguns aspectos de forma genérica sobre a lesão no valor do objeto contratual à luz do novo Código Civil.

O novo Código Civil que entrará em vigor no início do próximo ano em seu artigo 157 aborda a questão da lesão no objeto contratual ao tratar dos defeitos dos negócios jurídicos, estabelecendo que:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

*§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.*

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

### **Definição e aproximação da imprevisão**

A lesão pode ser definida como o prejuízo pecuniário que resulta da desproporcionalidade, ou seja, de uma falta de equivalência entre as prestações contratuais.

A lesão deve recair sobre o objeto principal do contrato e não sobre cláusulas acessórias susceptíveis de romper em favor de uma das

---

\* Este artigo foi escrito em conjunto com **Ederson Augusto Zanetti**. Foi *professor visitante da Full Bright Sclar in Residence (USA)*. *Master em Eng. Florestal. Univesität Albert-Ludwig (Alemanha)*.

\*\**Doctorat Droit Privé Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Corso Singolo Processuale Civile e Diritto Fallimentare Università degli Studio di Milano.*

partes o equilíbrio global da convenção. A busca do equilíbrio não significa também dizer que existe a necessidade de uma exatidão entre a prestação e a contra-prestação.

### **Condições de aplicação da lesão**

O Código Civil não traz nenhuma regra geral no que se refere a importância da lesão, ou seja, qual é a taxa que gera essa desproporção entre as prestações contratuais?

Na ausência dessa taxa, me parece que o julgador poderá apreciar livremente a importância da lesão necessária para justificar sua intervenção.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração para sua aplicação diz respeito ao momento da apreciação da lesão, ou seja, a existência da lesão deve em princípio ser apreciada no momento da formação do contrato e não durante sua execução, sendo isso que a distingue da imprevisão.

Para finalizarmos, a última condição exigida é que o contrato seja comutativo porque a lesão deve ser levada em consideração somente para os contratos a título oneroso e não nos contratos a título gratuito e nem nos contratos aleatórios porque no primeiro caso uma pessoa voluntariamente não deseja receber nada da outra em contraprestação ou recebe menos do que dá e no segundo caso existe uma incerteza quanto ao valor objetivo das prestações.

### **Sanção**

Caberá ao requerente demonstrar a lesão a qual ele diz ser vítima e a sanção a lesão é diversificada podendo ser oferecido um suplemento suficiente ou a parte favorecida concordar com a redução do proveito para que não ocorra a anulação do negócio jurídico.

Diante da lesão contratual poderemos ter como sanção a rescisão do contrato de compra e venda ou então sua revisão judicial.

A proteção contra a lesão se dá em proveito de uma das partes consideradas “a priori” em estado de inferioridade, ou seja, de necessidade ou inexperiência. Essa preocupação se demonstra no caso de um incapaz.

Nesses casos a lesão aparece como uma forma direta da aplicação da justiça contratual e elas se aproximam da ordem pública de proteção.

Da conformidade dos valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

A determinação dos valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico deve ser analisada com relação ao preço de mercado, mais é importante que fique caracterizado um desequilíbrio contratual manifesto.

## **II - O preço de venda simbólico**

Vemos constantemente passagens aéreas, computadores e outros bens serem vendidos a preços simbólicos, assim interrogamos se um contrato de venda realizado pelo preço simbólico é válido?

Para respondermos a esta pergunta analisaremos em que condições uma venda é válida quando o preço for simbólico (I), mas nossa análise não se limita à formação do contrato para sua validade, por isso veremos como se processa sua execução (II).

### **1 - A validade de venda com preço simbólico**

Não se pode admitir que em condições normais, sem nenhuma contraprestação correspondente, um bem imóvel, um estabelecimento empresarial ou a cessão de quotas sociais sejam vendidas pelo preço de

um real quando seu valor de mercado demonstra ser superior, alegando simplesmente que nada impede a realização da venda neste caso. Desta forma, diante da falta de provas suscetíveis de desqualificar o contrato de venda para uma doação, este não pode existir em virtude da ausência de um preço sério.

Por outro lado, não se pode afirmar que um contrato de venda não seja válido quando seu preço simbólico de um real estiver acompanhado de obrigações complementares a serem realizadas pelo comprador. Assim, um contrato de compra e venda de uma determinada área pelo preço simbólico de um real na qual o comprador assume a obrigação de conservá-la e explorá-la turisticamente não pode ser considerada nula porque a venda de uma coisa pode ser realizada mediante a contraprestação de uma outra coisa diferente de dinheiro, desde que ela possua valor econômico.

Passagens aéreas são vendidas por preço simbólico e certos componentes de computadores também, porém, quando esse preço é analisado de forma global, percebe-se que ele está incluído no todo, ou seja, não se compra passagem por R\$ 1,00 porque existe a exigência em se comprar dois trechos, um deles pode sair R\$ 1,00, mais o outro compensa este preço. O mesmo ocorre na venda de computadores. Se constata que o preço é sério e não se trata de uma simulação.

A adoção de uma fórmula de venda pelo preço de um real não pode ser vista sempre como fruto de uma fantasia, algo irracional, quando existe uma contraprestação que ocupa o lugar do preço.

Diante da ausência de preço expresso em valor monetário, é indispensável que a contraprestação seja real, efetiva e séria. Em outros termos, a exigência do preço sério de venda deve ser apreciada como sendo a contraprestação, para que o contrato seja considerado válido. Nestas condições a nulidade deve ser vista como uma exceção.

Esta conclusão não resolve a totalidade dos problemas ligados ao preço simbólico porque a partir do momento em que o contrato é considerado válido é preciso analisar como é sua execução, analisando os meios técnicos que permitirão satisfazer a realização do objetivo contratual visado em sua plenitude.

## **2 - A execução do contrato com preço simbólico**

Este contrato de venda quando válido apresenta um caráter atípico, apresentando uma característica de venda em virtude da transferência de propriedade ou de crédito, acompanhada de determinados compromissos assumidos pelo comprador destinados a produzir todos os efeitos legais.

A execução do contrato válido exige imperativamente o respeito de todas as formalidades e prestações necessárias para que esta operação se realize. Assim, a venda de quotas sociais exigirá a comunicação da Junta Comercial para que o comprador se resguarde perante terceiros.

Nesta mesma perspectiva, não existem dúvidas, por exemplo, que o contrato gera em benefício do comprador direitos pessoais que podem ser pleiteados do vendedor, bem como o comprador está resguardado da garantia de evicção nas condições estabelecidas pelo direito comum. A ação de resolução contratual é aqui aplicada no caso de inexecução das respectivas obrigações das partes.

Diante do que foi exposto podemos concluir que o preço de venda deve ser sempre sério para que uma venda seja válida e ela poderá ser simbolicamente representada por um real quando ela corresponder a uma realidade econômica e financeira diante da existência de uma contraprestação complementar representada por compromissos assumidos de forma séria pelo comprador.

## **III - Da promessa de fato de terceiro**

A promessa de fato de terceiro está prevista nos artigos 439 e 440 do Código Civil e ela implica no fato de que uma pessoa se compromete com outra a obter o consentimento de uma terceira pessoa na conclusão de um contrato sem ter recebido preliminarmente o consentimento desta última pessoa para a conclusão deste contrato. A eficácia deste contrato depende da ratificação posterior da terceira pessoa que não está, "a priori", obrigada a nada.

A pessoa que se compromete com outra a obter o consentimento de uma terceira pessoa normalmente assume este compromisso porque tem um bom relacionamento com esta última, seja ele decorrente de amizade ou de laços de família. Desta forma, para realizar a venda de um imóvel que se encontra indivisível quando um dos co-proprietários é ausente ou menor, os outros co-proprietários se comprometem a obter sua ratificação posteriormente, por exemplo.

A promessa de fato de terceiro possui uma fase de antecipação onde não existe ainda a conclusão do contrato em virtude da ausência do consentimento da terceira pessoa. A segunda fase ocorre mediante a decisão da terceira pessoa.

Na fase de antecipação o objetivo é o de realizar um contrato válido que possa ser executado, substituindo-se a vontade de uma das partes ainda não expressa, que é justamente a da terceira pessoa.

O contratante que se compromete a obter o comprometimento da terceira pessoa assume uma responsabilidade pessoal pelo fato prometido. Neste momento existe um contrato imperfeito e válido porque ainda não houve a ratificação pela terceira pessoa, ficando somente os contratantes obrigados.

A promessa de fato de terceiro não é submetida a alguma forma particular e pode inclusive ser tácita.

A promessa feita pela pessoa que se compromete a obter o consentimento de um terceiro para a conclusão do contrato acarreta uma intromissão no patrimônio deste último devido a uma representação desprovida de poderes a qual depende da ratificação do representado.

Através da ratificação o terceiro aprova a iniciativa daquele que o representou desprovido de poderes e esta sua manifestação é unilateral, ou seja, caberá a ele a opção em concluir ou não o contrato.

Segundo o artigo 440 do Cciv, "nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação". Com a ratificação a obrigação daquele que se comprometeu em obter o consentimento do terceiro deixa de existir. O promitente assume somente a responsabilidade que ocorrerá a ratificação e não que o contrato será executado pelo terceiro. A obrigação do promitente é de resultado.

A partir do momento em que ocorre a ratificação o terceiro torna-se parte no contrato e este opera efeitos retroativos, salvo quando a ratificação for de um contrato nulo frente a terceiros.

A recusa do terceiro pode ser explícita ou resultar de um ato manifestando sua vontade de não o concluir, como o ajuizamento de uma ação reivindicatória exercida contra a pessoa que tenha tomado posse de seu bem. Se o terceiro demorar para tomar uma decisão ele poderá ser constituído em mora.

A falta de ratificação acarreta a responsabilidade por perdas e danos (desde que provados) do promitente frente a seu co-contratante, conforme estabelece o "caput" do artigo 439 do CCiv, em virtude de que este se comprometeu em obter o consentimento do terceiro.

A falta de ratificação acarreta a responsabilidade contratual e ela não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do

casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens, consoante estabelece o parágrafo único do artigo 439 do CCiv.

A promessa de obter o consentimento do terceiro não deve ser confundida com o fato do promitente dizer que fará o possível para obter o consentimento do terceiro, aqui existe uma obrigação de meio e não de resultado como ocorre com a promessa de fato de terceiro.

Uma dúvida pode surgir: quando o promitente não conseguir obter a ratificação do terceiro poderá ele mesmo substituir o terceiro na conclusão do contrato. Em sendo possível me parece ser plenamente eficaz esta substituição, ela não ocorrerá quando o contrato não for “intuitu personae”. O próprio contrato pode prever esta situação.

A falta de ratificação produz efeitos análogos àqueles decorrentes de uma anulação.

#### **IV – A fixação do preço dos produtos e serviços**

Segundo a teoria do Código Civil o preço e a forma de pagamento são fixados livremente entre as partes, mas ela não corresponde sempre à realidade quando falamos numa relação de consumo, onde em princípio o preço é pré-determinado pelo fornecedor sem que o consumidor possa negociá-lo. Este sistema traz certos perigos aos consumidores, que muitas vezes necessitam de uma intervenção do direito positivo para regular a fixação do preço, sua informação e pagamento.

Em condições normais, onde não existe a intervenção do Estado, os preços são fixados livremente pelo jogo da concorrência, desta forma, os fornecedores fixam livremente o preço dos produtos e serviços que oferecem aos consumidores.

##### **1- O papel dos fornecedores no que diz respeito à fixação dos preços**



Cada fornecedor pode fixar o preço de seus produtos e serviços livremente, em princípio, porque isso favorece o jogo da concorrência e esta liberdade desaparece quando o preço é imposto.

O preço geralmente é fixado no momento da conclusão do contrato e ele não pode variar após isso. Todavia, pode acontecer que o preço não esteja ainda fixado ou não esteja definitivamente fixado quando um lapso de tempo separa a conclusão da execução do contrato, como por exemplo, quando se adquire um veículo hoje que será entregue somente daqui a dois meses ou então quando sua execução se prorroga no tempo.

A fixação ou variação do preço após a conclusão do contrato pode acontecer, mas não pode haver desequilíbrio entre as partes, deixando somente que uma das partes o fixe unilateralmente. (art. 51, X, CDC e 489 do CCiv. ). Algumas medidas podem ser tomadas para se evitar o desequilíbrio segundo regras do direito comum e também do próprio Código de Defesa do Consumidor.

**a) Fixação do preço após a conclusão do contrato - Regras de direito comum.** Pode-se, em princípio, estabelecer cláusula de indexação de preço baseada em elementos objetivos que não dependem da vontade subjetiva de um contratante, como estabelece o art. 487 do Código Civil.

O preço de venda deve ser determinado (art. 488 CCiv) e esta determinação não significa fixado de forma definitiva (arts. 485, 486, 487 e 488 CCiv.). É suficiente que o contrato determine os elementos objetivos que permitam o cálculo do preço posteriormente.

O art. 489 do CCiv prevê a nulidade do contrato de compra e venda quando o preço é fixado pelo arbítrio exclusivo de uma das partes. Não podemos concordar com esta nulidade contratual porque ela prejudica o consumidor que tem interesse na manutenção do contrato. Neste caso, o contrato deve ser mantido com um preço equilibrado. Por

outro lado, tal regra não se aplica nos contratos de prestação de serviço (art. 596 CCiv). Nos contratos de adesão, como por exemplo, no fornecimento de energia elétrica, a indeterminação do preço não acarreta sua invalidade e o abuso na fixação do preço dá lugar a rescisão e a indenização, tendo em vista o desequilíbrio em jogo.

**b) Regras específicas do Código de Defesa do Consumidor.** As regras do direito civil são completadas por regras específicas em matéria de consumo que protegem o consumidor contra a fixação unilateral do preço (art. 51, X, CDC). Assim, quando um produto ou serviço é objeto de publicidade, seu preço é o indicado pela publicidade durante o período de sua validade, pois, a oferta vincula o fornecedor (art. 30 CDC). O preço não pode aumentar, qualquer que seja a data de entrega da coisa ou da execução do serviço, com certas exceções fixadas em textos particulares.

Existe limite para a validade da cláusula de indexação porque esta deve ter uma ligação direta com o objeto acordado ou a atividade de uma das partes, assim, é nula a correção do preço atrelada ao dólar nos contratos de leasing (Superior Tribunal de Justiça. Resp 437660. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ: 05/05/2003), mas, o preço de um veículo pode ser validamente indexado segundo os custos das matérias primas utilizadas para sua fabricação, bem como é lícita a remuneração de um financiamento realizada pelo próprio construtor a um consumidor, segundo o CUB.

## **2- O cálculo do preço após a quantidade fornecida**

Vamos analisar agora a hipótese onde o preço não é fixado no momento da conclusão do contrato (telefone, gás, água, luz, táxi...) porque não se sabe desde o início a quantidade que será utilizada. O cálculo é feito unilateralmente pelo fornecedor mediante contadores que lhe pertencem e podem haver erros das seguintes formas:

1. A quantidade faturada pode ser superior àquela realmente fornecida. O fornecedor deve provar a execução de sua obrigação quando ele exige o pagamento (Superior Tribunal de Justiça. Resp 329922. 4ª Turma. Min. Rel. Ruy Rosado Aguiar. DJ: 20/05/2002), como por exemplo, no caso de conta telefônica.

2. O caso contrário ocorre quando o contador deixa de funcionar. Neste caso a quantidade pode ser calculada através da quantidade fornecida através do período antecedente, chegando-se a uma média de gastos do consumidor por meio de um valor aproximativo quando o contrato prever esta fórmula de cálculo.

3. Também não se pode esquecer do caso do cliente desonesto que fraudava o contador e que deve responder também penalmente.

## **V - A liberdade do banqueiro em conceder e manter o crédito**

Um banco é totalmente obrigado a outorgar e manter um crédito?

### **I - A liberdade de conceder o crédito**

#### **A - O princípio de liberdade**

O banqueiro não é obrigado a conceder crédito.

A operação de crédito é uma operação marcada fortemente pelo caráter pessoal que justifica seu caráter quase discricionário, mesmo porque o banco corre o risco e se responsabiliza pela outorga de crédito quando ele concede um empréstimo a uma sociedade empresária sabendo que a sua capacidade de pagamento é inferior ao crédito que ele fornece ou então quando o banco mantém abusivamente o crédito a uma empresa que ele sabe não ter capacidade financeira para lhe pagar, por exemplo, lhe concedendo talões de cheques quando esta empresa possui cheques sem fundos.

O banqueiro renuncia a esta liberdade cada vez que ele assume um compromisso explícito mais igualmente implícito de abertura de crédito.

### **B - A obrigação de informação**

O banqueiro que concede um crédito tem a obrigação de se informar sobre a existência e o teor de certas qualidades do cliente, principalmente quanto a sua identidade, sendo ela uma pessoa física ou jurídica, por isso, para se certificar da identidade e endereço do cliente é interessante que o banco encaminhe uma correspondência a seu cliente para o endereço lhe fornecido antes de conceder o crédito.

O banqueiro tem a obrigação de se informar sobre a situação do cliente, suas capacidades financeiras ou ainda a evolução de seus negócios. A obrigação de controlar a afetação de fundos varia conforme sua destinação, segundo ela é específica ou não ao financiamento de uma operação determinada.

A obrigação de informação do banqueiro o responsabiliza perante terceiros se houver prejuízo segundo as regras que tratam da responsabilidade civil.

### **II - A liberdade no rompimento do crédito**

Deve-se distinguir conforme o crédito é concedido por uma duração determinada ou indeterminada.

Para o crédito com duração indeterminada, o banqueiro dispõe, em princípio, livremente da faculdade de colocar fim ou de não renovar o crédito. O único limite que ele tem é o de o fazer sem abuso e se possível de forma que não seja precipitada afim de permitir a seu cliente de organizar uma nova solução financeira.

O banco deve dar um aviso preliminar ao cliente antes de romper o crédito concedido, pois, se não houver este respeito a responsabilidade do banco fica comprometida (Superior Tribunal de Justiça. Resp. 592908. 4ª Turma. Rel. Min. Barros Monteiro. DJ 20.02.2006, p. 341), salvo prova de culpa grave do cliente ou de sua situação ser irremediavelmente comprometida.

Quando o crédito for por duração determinada o banqueiro somente pode colocar fim ao crédito antes do prazo em duas hipóteses: no caso de culpa grave do cliente e quando sua situação for irremediavelmente comprometida.

#### **VI - A verificação pelo banco da assinatura manuscrita do titular da conta corrente**

O controle da assinatura de seus clientes é feita pelos bancos conforme exemplos realizados pelo cliente ou seu representante em fichas depositadas junto aos bancos, por isso, é importante que ela seja feita na frente da pessoa que a estará colhendo.

A assinatura do cliente é fundamental, podendo em certos casos ser convencionado que para um cheque ser pago tenha que conter duas assinaturas.

As assinaturas devem ser verificadas, mas o banqueiro não é responsável pela sua autenticidade porque ele não é nenhum perito, assim, basta que o banco verifique a conformidade aparente com os exemplares de assinaturas que estão manuscritas pelo titular da conta corrente nas fichas depositadas.

O banco será responsabilizado se pagar um cheque cuja a assinatura do emitente se revele num primeiro bater de olhos não ser do titular da conta corrente (Superior Tribunal de Justiça. Resp. 331181. 4ª Turma. Relatora Ministra Fátima Nancy Andrighi. DJ: 04/02/2002, p. 354) ou quando ele não verificar a cadeia de endossos de um cheque (Superior

Tribunal de Justiça. Resp. 280285. 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ: 27/08/2001, p. 345) , podendo nestes casos através da ação de enriquecimento ilícito buscar o recebimento das importâncias que houver pago aos terceiros.

Ainda que o banco não tenha verificado corretamente a assinatura do seu cliente sua responsabilidade pode ser reduzida quando ficar demonstrado que o cliente não tomou as devidas precauções para evitar o pagamento de um cheque ou mesmo para diminuir a responsabilidade do banco (art. 945 do Código Civil).

## **VII - Os acordos de franquia**

Importado dos Estados Unidos, o contrato de *franchising* é conhecido em nosso sistema também por contrato de franquia e vem sendo muito utilizado na prática para serviços, distribuição de produtos e mesmo na indústria e produção.

Esse contrato pode ser definido como uma convenção através da qual o titular de um signo distintivo, geralmente depositado a título de marca pelo franqueador, concede seu uso a um empresário independente, o franqueado, junto ao qual ele assume a função de conselho e de assistência empresarial. Em contrapartida, o franqueado assume o compromisso de se aprovisionar total ou parcialmente junto ao franqueador, de respeitar um certo número de normas que dizem respeito a implantação e a gestão do ponto de venda e também de lhe pagar uma certa importância. O franqueador beneficia o franqueado com uma fórmula de comercialização aprovada.

O Interesse da franquia é triplo:

1) ela é em primeiro lugar, um dos meios do qual dispõe um grupo empresarial para ampliar a outros setores geográficos diferente daquele explorador por ele originariamente, a distribuição de um produto ou o fornecimento de um serviço, reduzindo de forma considerável (pelo

fato da contribuição do investimento dos franqueados) o capital mobilizado que teria sido necessário a implantação sobre um novo mercado;

2) quanto ao franqueado, ele muitas vezes tem proveito do conhecimento (know-how), da assistência empresarial e do renome do franqueador, conservando sua independência. A vantagem concorrencial e a organização dos custos visados contribuem para diminuir os riscos inerentes a toda atividade comercial, mesmo se elas pressupõe um investimento mais importante devido ao pagamento de certas importâncias pelo fato de se integrar a rede (golden hello);

3) enfim, o consumidor aproveita da qualidade oferecida pelos produtos e serviços de toda a rede, que permite o controle de um padrão imposto pelo franqueador ao franqueado na concepção e na realização dos produtos ou das prestações. Em outro termos, o hamburger do McDonalds deve Ter sempre o mesmo gosto em Curitiba como em Paris.

O sucesso da franquia se explica pela flexibilidade de seu regime jurídico e também pelo fato que ela pode ser aplicada facilmente aos serviços. O crescimento do setor terciário e o fato do conhecimento ter se tornado um patrimônio fazem do fornecimento de serviços uma fonte de riqueza econômica, assim como a produção e venda de mercadorias. Os serviços constituem a nova forma de riqueza ilustrando a mutação em nossa sociedade e garantindo o sucesso comercial dos países em desenvolvimento.

### **VIII - A recusa de venda**

A recusa de venda é possível entre empresários, porém, ela não pode ser realizada numa relação de consumo, tanto para a venda de produtos como para a prestação de serviços.

A recusa de venda entre empresários é possível quando se constitui uma rede de distribuição lícita para distribuição de um

determinado produto, na qual são agregados certos distribuidores que possuem características requeridas pelo fornecedor para sua agremiação, como conhecimento técnico, utilização de determinados locais, ... , mas ela não será lícita no caso de abuso de posição dominante, por exemplo.

Na relação de consumo quando um produto ou serviço é colocado no mercado, em princípio, todo o consumidor tem direito em adquiri-lo, desde que pague o preço. Esse direito é resultado da situação de oferta permanente e que faz com que após a aceitação, o contrato seja formado e o fornecedor se obrigue ao fornecimento. Dessa forma, se você for a um bar e não lhe deixarem entrar em razão de sua origem, sexo, situação familiar, face a suas opiniões políticas, a pertencer ou não a determinada religião, nação ou principalmente na sua aparência, como geralmente ocorre... essa recusa será discriminatória e gera o direito a indenização por dano morais.

Existem certos casos onde a recusa de venda se justifica, principalmente na comercialização de certos produtos fazendo objeto de uma regulamentação rigorosa face a sua periculosidade, como ocorre entre outros, com as bebidas alcoólicas, produtos agrícolas, certos medicamentos. A venda às vezes é regulamentada, como ocorre por exemplo, com o caso de armas e munições. A recusa não se aplica as certas operações bancárias: o banqueiro não pratica nenhuma falta recusando conceder crédito por exemplo.

De outra forma, a recusa pode consistir num motivo legítimo que pode se opor a relação de consumo. Quatro situações existem: pode ocorrer a indisponibilidade do produto ou a impossibilidade para o prestador de serviços executar o serviço desejado. A recusa de venda também se justifica quando o pedido do adquirente apresenta um caráter anormal, apreciado em consideração as práticas profissionais habituais, principalmente em virtude das quantidades demandadas. Enfim, o adquirente de má-fé (insolvente ou mau pagador) constitui a última



hipótese de justificação da recusa de venda frente ao consumidor. Neste último caso uma escola/universidade pode recusar a matrícula de um aluno inadimplente interrompendo sua frequência às aulas somente após o término do período, devendo ser observado seu regime, se é semestral ou anual.

Nota-se que a proibição de recusa de venda entre empresários não ocorre face a liberdade econômica existente entre os empresários, podendo ela se verificar e ser punida no caso de formação de uma rede de distribuição ilícita, no caso de abuso de posição dominante e também no caso da responsabilidade civil delitual ou extracontratual, como prática discriminatória ou enfim a título de rompimento abusivo das relações empresariais.

### **IX - A intervenção judicial no rompimento contratual**

O artigo 475 do Código Civil afirma que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, ..”

Esse artigo dá o direito da parte lesada optar pelo cumprimento forçado do contrato ou então pelo seu rompimento, é um ou outro e não os dois, o que não o impede de mudar de posicionamento durante o curso do processo, pois são duas formas diferentes de exercer um mesmo direito.

Somente tem direito a exigir a execução forçada do contrato quem tem direito a pedir sua resolução. Aqui impera o respeito da força obrigatória dos contratos, onde o contrato faz lei entre as partes.

A rescisão unilateral do contrato pode ocorrer nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita (art. 473 do Código Civil), pois, fora desses casos, seu rompimento pode ser convencional.

No novo Código Civil a força obrigatória dos contratos é um instrumento a serviço da sociedade e não dos particulares, essa força obrigatória serve para impedir que não sejam rompidos os contratos, porém, ela tem um caráter supletivo frente a vontade dos contratantes quando esses resolvem estipular uma cláusula resolutiva à luz do artigo 474 do Código Civil. Desta forma, percebe-se que existe um interesse público acima da vontade dos contratantes que determina o cumprimento do contrato.

Por meio da cláusula resolutiva não existe a necessidade de ser ir buscar junto ao Poder Judiciário a resolução do contrato, pois, os contratantes têm autonomia em resolver o contrato sem essa intervenção. Aqui o individualismo tem um papel preponderante frente ao liberalismo econômico vigente.

Ao analisarmos o regime jurídico da resolução dos contratos vemos que existem duas formas de resolução contratual: a judicial e a convencional.

A resolução judicial depende de uma notificação prévia nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita (art. 473 do Código Civil). Isso demonstra que sem a notificação, num primeiro momento, o contrato não pode ser resolvido unilateralmente, pois se assim o for, o autor do rompimento estará sujeito a pagar indenização a parte lesada, ou seja, a atitude unilateral tomada pelo autor do rompimento o sujeitará ao pagamento dos prejuízos sofridos pela parte lesada.

A resolução convencional encontra seu fundamento na vontade das partes e não na lei, as partes podem agir livremente para fixar as medidas de inexecução que são susceptíveis de autorizar a resolução do contrato e as condições de sua colocação em prática. Dessa forma, as partes podem convencionar expressamente que não será necessária notificação prévia antes do rompimento do contrato. O juiz

aqui tem somente um papel de espectador, porque ele deve se limitar a analisar a vontade das partes em caso de litígio.

Como se verifica, a resolução convencional se manifesta de forma contrária a resolução judicial porque aqui a vontade das partes predomina, lá se respeita o que está estabelecido de forma expressa ou tácita na lei.

Se nós colocarmos a resolução judicial ao lado da resolução convencional vemos que na resolução judicial o contratante pode muitas vezes não buscar o Judiciário para resolver o contrato e na resolução convencional sim, ou seja, o que era para ser uma resolução contratual convencional acaba sendo judicial e o que era para ser judicial acaba sendo convencional.

### **X - A evolução na sanção por descumprimento formal**

A tradição no direito pátrio revela que a violação de uma regra de forma envolvendo a vontade do contratante acarreta a nulidade do contrato solene. A tradição também prega, seja pela lei, doutrina ou jurisprudência, que o instrumento particular quando não assinado por duas testemunhas, não se constitui em título executivo extrajudicial, porém, questionamos tanto um como outro caso, para demonstrar que o direito deve evoluir em sua aplicação, pois se a sanção da violação de uma regra formal é a nulidade do contrato ou a descaracterização do instrumento particular como título executivo extrajudicial, essas sanções são ineficazes frente as regras modernas de proteção do consentimento.

Ao se pronunciar automaticamente a nulidade do contrato ou descaracterizar o instrumento particular não assinado por duas testemunhas como título executivo extrajudicial somente pela violação de uma regra de forma, sem analisar o fundo, demonstra uma má análise da regra de forma por ela mesma, fonte da ineficácia da sanção.

Em 1804, na França, somente existiam quatro contratos solenes, os quais eram realizados por instrumento público e cujas finalidades eram diversas, como a proteção dos interesses dos particulares, dos terceiros ou da sociedade em seu conjunto. Essa idéia francesa da formalidade foi importada pelo Brasil do Código Civil de Napoleão. Atualmente, as regras de forma não respondem mais aos mesmos critérios do passado porque a forma é menos rigorosa e se contenta com o instrumento particular (assim ocorre com o contrato de compra e venda de imóveis não registrado), salvo raras exceções. Tendo a visão da forma mudado, a sanção também deveria a ela se adaptar. Isso demonstra que é um erro sancionar automaticamente a nulidade do contrato ou descaracterizar o instrumento particular não assinado por duas testemunhas como título executivo extrajudicial. Nesse último caso, as testemunhas podem assinar o instrumento particular posteriormente a sua assinatura pelos contratantes, então porque não cortar essa formalidade e permitir que a prova se realize oralmente? A sanção nesse último caso ao não aceitar esse instrumento como título executivo extrajudicial, parece ser repleta de inutilidade e perda de tempo, revelando-se como uma idolatria intransigível ao formalismo.

As formas contemporâneas estão centralizadas unicamente numa regra de fundo que é a da proteção do consentimento livre e claro dos contratantes, pois com o formalismo espera-se que os contratantes estejam protegidos dos vícios do consentimento (erro, dolo e coação) e se as regras formais são respeitadas, isso quer dizer que se presume que o consentimento foi realizado de forma livre e clara. Desta forma, a forma se revela estar a serviço das regras de fundo. Mesmo se a regra de forma é uma regra que se acresce as exigências de fundo para proteção do consentimento, não se pode esquecer que elas não são da mesma natureza: a regra de forma não é uma regra autônoma, independente das regras de fundo. Quando ela é exigida, a forma serve para reforçar uma das condições de fundo de maneira a assegurar sua existência e realidade

e, para adaptar a sanção a fim de torná-la eficaz, é necessário identificar a finalidade da regra de forma.

Esta dependência da regra de forma ao fundo deve se manifestar também na hipótese do respeito da regra de forma e de sua violação.

Sendo a regra de forma respeitada, parece lógico presumir que um consentimento livre e claro foi realizado na medida onde finalidade da forma é a proteção do consentimento. Mas se, apesar do respeito da forma o fundo não foi respeitado, a regra de forma se extingue para permitir o ressurgimento do fundo. Assim, é permitido que se análise o fundo no contrato de compra e venda de um imóvel feito por instrumento público quando questionado por um contratante induzido em erro. Isso quer dizer que se a forma foi respeitada tendo sido o instrumento de compra e venda feito junto a um cartório de registro de imóveis ele não deixará de ser nulo diante da análise de fundo verificando-se a existência do erro, tido como um vício do consentimento. Como se percebe, a regra de fundo violada prevalece sobre a regra de forma e não a forma sobre o fundo. O problema da aplicação da sanção ocorre quando a regra de fundo é atendida e a regra de forma não, o contrato seria nulo O instrumento particular não subscrito por duas testemunhas retiraria sua executividade:

Parece um grande erro levar somente em conta a exigência da forma independente do fundo, isso certamente conduz a ineficácia da sanção. Assim ocorre quando se sanciona o contrato pela nulidade quando ele não preenche as formalidades exigidas e se retira a exigibilidade do instrumento particular não assinado por duas testemunhas sem que a questão de fundo seja analisada, analisando-se somente a forma. É um grande erro considerar a regra de forma independente do fundo porque a finalidade da forma é precisamente o respeito do fundo. Esta independência se compreenderia se a regra de forma tivesse por

finalidade a proteção de um interesse geral ou de terceiros, pois a prova do consentimento livre e claro seria inoperante porque a finalidade da regra de forma não foi atingida.

As regras de forma têm atualmente o objetivo de proteger interesses privados, a proteção do consentimento do contratante que se julga mais fraco; por conseguinte, a satisfação do objetivo perseguido, a proteção do consentimento recai sobre a violação da forma. Se é coerente presumir o não respeito do fundo quando a forma é violada, é incoerente, frente a finalidade desta regra, que esta presunção seja irrefutável. O direito atualmente faz com que a forma absorva o fundo, ou seja, tudo depende do que está escrito e não do que é desejado e a forma acaba determinando o fundo porque a vontade formalmente declarada é considerada a vontade real, pouco importando a realidade do consentimento, mesmo se o contratante conseguisse provar que quem pede a nulidade, que se prevalece da violação formal, agiu em pleno conhecimento de causa porque a sanção seria a mesma, revelando assim sua ineficácia.

É este caráter irrefutável que contribui a ineficácia da nulidade porque ele impede que a pessoa possa demonstrar a ausência de impacto da violação da regra de forma sobre o contrato ou sobre o instrumento particular assinado por duas testemunhas; a nulidade do contrato ou a ineficácia do instrumento como título executivo extrajudicial será declarada sem que o juiz tenha tido os meios de se assegurar da adaptação da sanção as conseqüências da violação sobre o consentimento e sem mesmo se assegurar da existência de suas conseqüências. A sanção poderá então ser pronunciada sem restabelecer a situação que teria sido aquela desejada pela vítima se a regra tivesse sido respeitada porque o juiz não está em condições de verificar a eficácia da sanção. A escolha do caráter irrefutável dá um papel mais importante a regra de forma a fazendo mascarar sistematicamente o fundo do direito. Ora, para uma melhor eficácia da sanção, qualquer que ela seja, é necessário poder

verificar se, atrás da regra de forma violada, a regra de fundo, aqui o consentimento claro, também foi violado, a fim de adaptar a sanção a realidade dos efeitos da violação.

Não estamos contestando o sistema da presunção, mas sim o contrário. A consideração de uma presunção da alteração do consentimento não é somente coerente frente a eficácia da regra, mas ela também contribui a eficácia da sanção evitando de fazer recair a carga da prova sobre a pessoa protegida. Mas, para que essa eficácia seja real, é necessário que esta presunção, necessária, seja simples, favorecendo assim o renascimento do fundo do direito pela forma. Assim, a prova contrária deveria ser admitida e o co-contratante, sobre quem recairia o ônus da prova, sempre teria a possibilidade de mudar a presunção demonstrando que existiu um consentimento claro.

### **XI - A exceção de contrato não cumprido**

Em princípio, as prestações prometidas pelos contratantes devem ser cumpridas simultaneamente, passo a passo; por exemplo, na venda à vista, a mercadoria é entregue após o pagamento do preço. Caso não seja pago o preço a mercadoria não precisa ser entregue.

A exceção de contrato não cumprido ou inexecução contratual (art. 476 CCiv.) é um mecanismo de defesa de boa-fé, através da justiça privada, que faz com que um contratante não possa reclamar a execução do que lhe é devido pelo outro contratante, sem antes pagar o que deve.

Não se pode afirmar que o contrato é suspenso no caso de exceção de inexecução; somente a obrigação do devedor é suspensa provisoriamente. A exceção de inexecução tem um efeito cominatório que não é apresentado pela suspensão do contrato. É a fim de constranger seu co-contratante a executar, que uma das partes vem a recusar o cumprimento de sua obrigação. Não havendo a execução, após o período provisório, o contrato será resolvido.

Diante de uma cláusula resolutória, a exceção de inexecução impede o nascimento do direito de resolução, se revelando uma inexecução lícita. A exceção de inexecução dispensa o contratante de executar sua obrigação. A inexecução nesse caso é lícita. Desta forma, é lícito o não-pagamento das prestações referentes ao contrato de direito de reserva comercial para instalação de loja e de integração do tenant mix num shopping center se o empreendedor descumpre com sua obrigação de instalar loja âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista.

O devedor adquire, nesse caso, um direito temporário de não executar sua obrigação. Esse possui todos os atributos de um direito potestativo que se exerce somente pela vontade de seu titular, colocando seu contratante num estado de sujeição que não lhe proíbe de invocar um abuso. Se houver abuso poderá haver indenização.

O direito de retenção pelo qual o devedor se recusa de executar uma obrigação de restituição também é um direito temporário de não executar, porém, ele somente diz respeito a uma obrigação secundária do contrato. Tudo o que resta para ser executado pela parte da pessoa que retém já foi realizado, ele não pode mais suspender sua obrigação principal.

O direito de retenção procede de uma ligação de conexão existente entre o crédito e a detenção da coisa, enquanto que a exceção de inexecução recai sobre uma ligação de interdependência e reciprocidade existente entre as obrigações nos contratos bilaterais.

Podemos afirmar que o devedor da obrigação de restituir tem o direito de não executá-la. Esse direito, como todos os outros de não executar, não pode ser exercido de forma abusiva e será abusivo quando houver desproporção manifesta entre o montante do crédito da pessoa que retém e o prejuízo causado ao devedor. Essa mesma idéia de proporcionalidade é encontrada na exceção de inexecução.



A exceção de inexecução supõe obrigações recíprocas exigíveis. É necessário que a outra parte não execute sua obrigação. Não existe a necessidade da constituição em mora, salvo algum texto particular. A exceção de inexecução pode ser oposta a terceiros, mas não será oponível quando esses invocarem um direito absolutamente distinto do contrato em questão.

Prova que se está diante de uma inexecução lícita, aquele que invoca a exceção de inexecução deve estar de boa-fé. Ao contrário, se a inexecução é na realidade imputável àquele que invoca a exceção de inexecução, esta lhe deve ser recusada. O mesmo ocorre quando ela tem a finalidade procrastinatória.

Na exceção de inexecução de obrigação a resposta deve ser proporcional e razoável. A filosofia que deve estar presente é a de que um interesse superior deve superar o direito de não executar.

## **XII - O preço do arrependimento**

A diferença entre o direito de arrependimento e a cláusula penal pode ser vista pela intangibilidade daquele.

O art. 420 do Código Civil estabelece in verbis:

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal de negócio terão função unicamente indenizatória. Neste caso, que as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

O art. 413 do Código Civil, ao se referir a cláusula penal, estabelece *ipsis litteris*:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio.

O preço do arrependimento parece ser questionado quando o devedor paga pela sua liberdade através de uma inexecução lícita do contrato, no caso do direito de arrependimento e quando ele é sancionado pelo inadimplemento, pela inexecução ilícita do contrato, no caso da cláusula penal. Na primeira situação ele é menos protegido do que na segunda porque no primeiro caso não existe nenhuma disposição legal prevendo que o preço do exercício do direito de arrependimento possa ser revisto, enquanto que na segunda situação sim. Porque privilegiar o devedor que não cumpre com sua obrigação (cláusula penal) com relação ao devedor que exercita seu direito (direito de arrependimento)?

Parece meio paradoxal que por uma importância equivalente, a sanção excessiva da inexecução ilícita (cláusula penal) possa ser controlada pelo Judiciário enquanto o preço da liberdade se torne intangível.

O mais interessante parece ser que o Judiciário possa também rever o valor do preço da indenização diante do exercício legal do direito de arrependimento, como acontece no caso da cláusula penal.

Não existe razão lógica para não se permitir a redução de valores no caso do exercício regular do direito de arrependimento quando a indenização se revelar manifestamente excessiva.

Por outro lado, não se pode esquecer que o direito de arrependimento excessivo pode ser desnaturado para uma cláusula penal e que seu excesso também representa um desequilíbrio contratual em proveito daquele que receberá a indenização com relação aquele que terá que pagá-la.

Por fim, é importante verificar que nada impede que uma cláusula de arrependimento possa vir a ser considerada abusiva pelo excesso do preço da indenização, podendo então ser reduzida e não anulada.

### **XIII - Da proteção da qualidade das partes para a proteção do equilíbrio contratual**

O legislador procurando dar um melhor tratamento a determinadas relações jurídicas procura proteger a parte mais fraca na relação contratual em virtude de sua qualidade ou então de seu interesse público.

Desta forma, distribuindo a justiça mediante leis especiais, protege os trabalhadores e os consumidores e também procura preservar empresas pelo interesse público que elas representam.

Se todos são iguais perante a lei segundo a Constituição Federal, como explicar esta proteção? Não vemos motivo, pois, nada justifica que um dos contratantes somente seja protegido pela sua qualidade, tal posicionamento pode se revelar arbitrário. Desta forma, deve-se buscar o porquê desta proteção para sabermos até que ponto ela se justifica.

A proteção deve ocorrer para que haja um equilíbrio entre as partes contratantes, ou seja, saímos de uma justiça distributiva, que está somente preocupada com a qualidade do contratante e passamos para uma justiça comutativa, ou corretiva segundo Aristóteles, onde na circulação de bens e serviços, deve se buscar o equilíbrio contratual. O que mais interessa aqui é o equilíbrio contratual e não a qualidade das partes, pois, as partes são protegidas justamente para que exista o equilíbrio contratual.

A Justiça está para corrigir os desequilíbrios contratuais e realizar o que é justo e o justo é equilibrar as prestações contratuais e não se preocupar somente com a qualidade dos contratantes. Justo é o meio-termo e injusto é favorecer imotivadamente um dos contratantes somente em virtude de sua qualidade contratual sem que exista desequilíbrio no contrato.

A qualidade dos contratantes deve ser analisada como um elemento que permitirá o equilíbrio contratual e não como um elemento finalístico de desequilíbrio.

A reserva de uma proteção compensatória a determinados contratantes não deve ser discriminatória, tratando pessoas que estão numa mesma situação objetiva de forma desigual.

O contrato serve como um instrumento de troca de valores e não como instrumento de proteção de um dos contratantes e é nessa troca de valores que deve estar presente o equilíbrio.

1 Aristóteles. *Ética a Nicomaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 110.

2 Aristóteles. *Ética a Nicomaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 111.

#### **XIV - Um marco histórico no direito pátrio: a primeira concessão de uma denominação de origem**

Muitas pessoas já ouviram falar dos produtos: Champagne, dos queijos Roquefort, Camembert, do vinho de Bordeaux? Esses produtos certamente que não são baratos, pois são reconhecidos mundialmente, possuem uma “marca” de que são bons.

Esta “marca”, segundo o termo francês é uma “*appellation d’origine*”, ou traduzido, denominação de origem.

A denominação de origem começou a ser desenvolvida na França em 1919, chegando ao Brasil de forma tímida, com a reforma da Lei da Propriedade Industrial em 1996 e no Brasil foi introduzida legalmente com a reforma da Lei da Propriedade industrial em 1996.

Ainda que introduzida legalmente, seu primeiro aparecimento ocorrerá após a safra de vinhos deste ano no Vale dos Vinhedos, na Serra Gaúcha, onde serão entregues os certificados a diversos produtores de

vinho, um marco sem dúvida nenhuma importante, não só para o direito como para a economia de nosso país. Não somente o Vale dos Vinhedos, mas outras regiões brasileiras têm conseguido se promover por meio da produção e certificação dos produtos típicos, de locais específicos, com características peculiares, como os cafés de Minas Gerais, as cachaças,... e outras ainda virão.

Mas o que é a denominação de origem? Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

Para que serve? A denominação de origem cria um aspecto distintivo do produto, o qual é visto, quando corretamente utilizado, com bons olhos pelos consumidores, tendo seu preço valorizado. Produtores ou prestadores de serviços se unem para defender seus produtos e serviços, motivados pelo lucro coletivo.

Os produtos e serviços passam a ter uma identidade própria e assim são reconhecidos e os consumidores se dispõem a pagar mais, já que se trata de um produto ou serviço diferenciado.

Como se obtém? Deve ser feito um requerimento de registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, preenchendo-se certos requisitos, como: deve ser indicado o nome geográfico, a descrição do produto ou serviço e as características do produto ou serviço.

Com esse requerimento outros documentos devem ser juntados, como o regulamento de uso do nome geográfico e o instrumento oficial que delimita a área geográfica.

No caso dos vinhos na região do Vale dos Vinhedos, os vinhos passaram por vários testes, desde a comprovação da origem da uva, sua

variedade, quantidade produzida, fornecedor, localização,... até se chegar a conclusão que ele era merecedor do certificado.

Quem pode usá-la? Uma vez sendo reconhecida a denominação de origem é como se fosse uma “marca coletiva”, somente os membros (produtores e prestadores de serviços) daquela localidade a poderão utilizar.

Vamos imaginar que o famoso barrado de Morretes obtivesse a denominação de origem, outros produtos da mesma região poderiam também ser reconhecidos com o mesmo nome desta região? Sim, assim poderia ser reconhecida a cachaça de Morretes.

O que não pode ocorrer é que um produto venha a receber a mesma denominação de origem para denegrir outra ou desviar sua clientela. Um exemplo interessante podemos importar da França, lá foi proibida a utilização da denominação de origem Champagne em perfumes.

### **XV - Você já leu esta?**

O suporte normalmente é a televisão, o anunciante geralmente é uma empresa de telefonia, mas temos problemas sérios de visão ou a publicidade que passa em alguns comerciais não dá para ler nada? Estamos sendo induzidos em erro?

O artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor afirma que é proibida toda publicidade enganosa. O parágrafo primeiro deste artigo diz que publicidade enganosa é aquela capaz de induzir em erro o consumidor.

A publicidade constituindo-se numa oferta, quando espera atingir um número de pessoas que venham adquirir seus produtos e serviços de forma onerosa, deve ser apresentada contendo informações claras e ostensivas, segundo estabelece o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.

A publicidade deve ser apresentada de forma que possa ser lida, ela tem que ser legível e não ilegível, pois se assim o for deve ser considerada enganosa.

Ainda que o conteúdo tenha sido apresentado, esteja correto e que venha existir uma televisão com pause para tentar ler o que esta escrito, devido a velocidade na transmissão da informação, acompanhada de uma lupa para enxergar aquelas letras minúsculas, tal publicidade seria enganosa porque o público em geral, desprovido desta tecnologia, não conseguiria lê-la.

Como se pode ler neste artigo, não resta dúvida que aquelas publicidades passadas na televisão com textos onde não se consegue ler nada, com relação as informações escritas, deve ser considerada enganosa e seu conteúdo não obriga o consumidor mas não tomar conhecimento das informações ali transmitidas.

### **XVI - O equilíbrio contratual nas relações de consumo segundo o Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor foi instituído num período onde várias legislações pelo mundo vinham sendo modificadas para que assegurassem uma proteção maior a uma determinada categoria de pessoas, que eram os compradores, os quais eram constantemente atacados pelos empresários e não tinham como se proteger.

Desta forma, houve um reforço legislativo de vários ramos do direito, ou seja, do direito administrativo, do direito penal e sobretudo, do direito civil, através de um Código, para que os consumidores fossem protegidos de forma eficaz, ou seja, os ramos do direito não foram modificados naquele momento e sim criou-se um novo conjunto de normas para reforçar a proteção dos compradores de produtos e serviços. O Código de Defesa do Consumidor foi então criado para a proteção dos consumidores.

Mas quem é consumidor? Não se sabe ao certo. Doutrina e jurisprudência não possuem uma definição para dizer quem é consumidor, o Código de Defesa do Consumidor diz no artigo 2 "caput" que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Mas quem é o destinatário final afinal? O empresário que adquire um veículo para uso da empresa e também o utiliza com fins pessoais é consumidor? Sendo mais claro, o sócio de uma sociedade limitada formada por dois sócios que compra um veículo em nome da sociedade e somente possuindo este veículo o utiliza não somente para os serviços da sociedade como também para ir ao trabalho, a praia, etc... é destinatário final? Este é apenas um dos exemplos que servem para demonstrar a confusão que existe na definição de consumidor.

Pois bem, não sabendo ao certo quem é consumidor o que interessa saber é o que está ocorrendo dentro de uma relação jurídica para como tratá-la, ou seja, interessa conhecermos o conteúdo do contrato para que exista um equilíbrio entre as prestações recíprocas, ou seja, entre prestação e contra-prestação de cada um dos figurantes na relação contratual.

Para saber como deve ser resolvido um litígio versando sobre uma relação de consumo segundo o Código de Defesa do Consumidor é importante analisar a estrutura do contrato e não somente a qualidade dos contratantes para que se busque o equilíbrio na relação contratual de consumo.

Parte-se do pressuposto que o comprador está em posição de vulnerabilidade, mas isso é um pressuposto e não uma verdade absoluta. Além da condição de vulnerabilidade, que se não for provado o contrário será admitida como tal, o consumidor deverá ainda demonstrar que existe o desequilíbrio contratual. Assim, num contrato de mútuo não basta somente o beneficiário do dinheiro questionar a cobrança abusiva de



encargos é preciso que prove o excesso desta cobrança, ou seja, o beneficiário do dinheiro foi o destinatário final do valor recebido, mas sem provar o excesso não tem o que reclamar.

Na relação contratual não somente o consumidor será protegido, podendo inclusive o próprio vendedor ser tutelado, citamos o caso de um erro praticado por um empresário que anuncia a venda de um notebook por R\$ 400,00 quando seu preço real é de R\$ 4.000,00, ou seja, faltou somente um zero, mas este zero obriga o fornecedor, segundo o Código de Defesa do Consumidor a vender o produto pelo preço ofertado, ou seja, R\$ 400,00. Com respeito as opiniões em contrário, não podemos concordar com tal situação, e assim sustentamos que neste caso o fornecedor deve ser protegido, salvo se ficar provada sua má-fé, o que não será fácil.

Desta forma, concluímos que nas relações contratuais de consumo deve ser buscado o equilíbrio entre direitos e obrigações dos contratantes e que nem sempre o consumidor será protegido somente pela sua qualidade.

## **XVII - A inadaptação dos vícios do consentimento no Código Civil**

Com o surgimento da sociedade de consumo e dos contratos de adesão, contratar tornou-se algo corriqueiro, o contrato deixou de ser aquela forma de acordo onde os contratantes discutiam previamente cláusula por cláusula antes de contratar, como no século XIX na época da revolução industrial.

Hoje em dia, as fontes de alteração do consentimento se modificaram, mas ainda muitas pessoas continuam com uma idéia muito rígida a respeito dos vícios do consentimento, esquecendo de ver que o consentimento é enfraquecido frente a situação de inferioridade na qual se encontra um dos contratantes com relação ao outro. Além da disparidade entre os contratantes, os contratos estão cada vez mais complexos, a

evolução das trocas e das técnicas de venda acabam desorientando os contratantes em posição de fraqueza, os termos utilizados incompreensíveis sem que haja uma explicação, assim podemos questionar se seu celular está apto para utilização de wi-fi,...se nos contratos houve a interveniente garantidor solidário assinou o contrato,...

A fraqueza do consumidor pode ser de dois tipos. Ela pode em primeiro ser chamada de absoluta, isto quer dizer que a causa vem essencialmente dos próprios contratantes (como a doença ou a velhice), que os torna menos dispostos a resistir aos abusos profissionais, menos resistentes a negociações e mais limitados a compreensão dos atos que eles assinam. Assim ocorre por exemplo, quando uma pessoa com problemas psicológicos procura um psicólogo e este lhe fixa valores abusivos para o tratamento. Neste caso, a remuneração poderá ser reduzida judicialmente a valores de mercado. Ela pode em seguida ser chamada de relativa. O contratante torna-se fraco na sua relação com o cocontratante, mais ele não é por si só fraco. Ele pode estar numa situação de dependência porque o contrato é para ele primordial (contrato de trabalho, locação ou seguro). Assim, havendo necessidade de um contrato de locação, o locatário pode sofrer abusos do proprietário no momento da fixação do preço de uma renovação contratual, o qual poderá também posteriormente ser reduzido judicialmente ficando comprovado o excesso.

A fraqueza relativa também pode se encontrar em situações de diversos abusos. Esta fraqueza provém de relações de dominação, de forças desequilibradas entre certos contratantes poderosos. No contexto contemporâneo, os vícios do atual Código Civil não são casos de abertura permitindo pronunciar a nulidade porque, elaborados de comum acordo entre pessoas responsáveis e conscientes, eles não são mais adaptados a situação atual, por isso, será necessária a intervenção judicial para corrigir estes abusos.

### **XVIII – “Air bag” nos veículos: faculdade ou obrigação do fornecedor?**

O “air bag” quando colocado em veículos é um grande meio de segurança aos consumidores em caso de acidentes, dessa forma, interrogamos se ele deve ser colocado obrigatoriamente em todos os veículos ou se é uma faculdade dos fornecedores o colocarem?

Esse é um problema bastante complicado para ser resolvido, pois, de um lado se visa a proteção dos consumidores lhe fornecendo maior segurança e de outro temos o problema financeiro acarretado pelo aumento do preço do veículos.

Como dizia René Descartes em sua famosa obra Discurso do Método: Regras para a Direção do Espírito, vamos começar por aquilo que nos é mais simples, assim, se o veículo for adquirido pela Internet junto a um estabelecimento onde o consumidor pode escolher os itens opcionais para seu veículo, dúvida parece não haver que não existe obrigação do fornecedor quando um consumidor não vier optar pela aquisição do air bag e sofrer um acidente vindo a se machucar, já que foi ele quem fez a opção na aquisição e resolveu não escolher esse meio de segurança que poderia ter evitado as lesões.

O problema maior é quando o veículo é ofertado ao consumidor sem que este possa optar pela aquisição do air bag no momento da compra e o consumidor vier a sofrer um acidente com lesões onde a presença do air bag poderia tê-las evitado.

O fornecedor deve garantir a segurança dos consumidores da melhor forma possível, mas esta segurança envolve um aumento de custos de produção que serão repassados aos consumidores, assim, não podemos analisar somente a segurança dos consumidores sem antes analisarmos o aumento dos custos, pois esta segurança depende dos custos. Assim, se os custos forem de um montante que torne o valor do veículo muito elevado entendemos que o fornecedor não é obrigado a

colocar o air bag, mas se estes custos não forem elevados, parece existir uma obrigação dos fornecedores em colocá-lo para fornecer maior segurança aos consumidores.

### **XIX - A busca do equilíbrio nas relações contratuais**

Não existe nenhuma norma no nosso direito positivo que aborde a noção e conceito do equilíbrio contratual, porém, parece que diante de muitas situações práticas estamos frente a um princípio descritivo do equilíbrio contratual.

O equilíbrio contratual decorre da aplicação da justiça contratual, abordada, pelo que se tem conhecimento, inicialmente por Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, posteriormente estudada por São Tomás de Aquino e seguida por alguns doutrinadores do presente.

A busca do equilíbrio contratual deve ser analisada levando-se em consideração os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos. Esta busca serve para corrigir o desequilíbrio interno do contrato, ou seja, de seu conteúdo. Isto quer dizer que a busca pelo equilíbrio contratual deve ser atingida nos contratos onde existe desequilíbrio, devendo a análise do contrato ser feita de forma global e não parcial, ou seja, o contrato deve ser analisado através de todas as suas cláusulas e não somente de uma ou outra, já que uma cláusula somente poderá não demonstrar o desequilíbrio.

Desta forma, poderemos ter um contrato sem vício de consentimento, porém, com a força obrigatória de suas cláusulas sendo flexibilizada frente a aplicação da noção do equilíbrio contratual. Sua aplicação demonstra estar presente quando falamos dos institutos da lesão, da revisão contratual por imprevisão, de cláusulas abusivas, de cláusula penal e ainda no direito da concorrência, frente ao abuso de posição dominante, já que em todas estas situações o que se busca é o

equilíbrio do conteúdo contratual e a colocação numa posição de igualdade dos contratantes.

O importante será sabermos em que momento se revelará este desequilíbrio e qual a sanção decorrente dele? A análise de cada caso concreto dará ao magistrado a oportunidade de verificar o desequilíbrio, mas, parece não haver dúvida de que haverá o desequilíbrio quando o contrato se revelar inútil ao contratante ou a sociedade. A sanção a ser aplicada frente o desequilíbrio neste caso deverá ser a sua revisão e somente em último caso sua anulabilidade.

A busca do equilíbrio contratual parece ser revelar como uma medida útil para se evitar a nulidade de pleno direito de certas cláusulas contratuais e mesmo de contratos por inteiro.

## **XX - A volta ao mundo contratual: de Aristóteles a Aristóteles**

Aristóteles prega que a justiça comutativa está baseada no equilíbrio entre as prestações dos contratantes e de certa forma, o justo seria o equilíbrio entre elas.

O Código Civil por sua vez trata o contratante em suas relações jurídica como o bom pai de família, aquele que tem virtudes, sabe escolher o melhor caminho na ora de contratar, é atencioso, toma as precauções devidas antes de realizar o contrato e quando consente para sua realização se vincula obrigatoriamente ao outro contratante, o contrato então tem força de lei perante as partes contratantes e é obrigatório que seja cumprido conforme foi contratado. Aqui a vontade das partes tem uma papel relevante, elas têm autonomia e sabem a que estão se obrigando.

O tempo passa e a sociedade começa a perceber que o bom pai de família já não tem tanta autonomia como parece ter, lhe são pré-determinadas cláusulas inseridas em contratos de adesão e ele começa a ficar numa situação de fraqueza perante alguns contratantes, sua vontade

passa a ser protegida, o consumidor deve ser informado previamente de suas obrigações, ele passa a ter um direito de reflexão em certos casos e mesmo após concluir o contrato pode rever sua decisão. O consumidor é presumido estar numa situação de inferioridade na relação contratual diante do fornecedor, aqui ele é visto como uma figura fraca que precisa ser protegida, existe a necessidade de um direito especial para protegê-lo e assim nasce o Código de Defesa do Consumidor.

O tempo não para, o mundo gira e parece que Aristóteles volta para dizer que o que interessa na relação contratual é a busca do equilíbrio entre as prestações e não a qualidade das partes. Assim, não é sempre que o consumidor deverá ser protegido, podendo ocorrer situações onde o fornecedor o venha ser, ainda que estas sejam exceções, pois, o que se busca é fazer com que a imaginária balança contratual seja posta em equilíbrio para que nenhum dos contratantes seja lesado.

A evolução contratual parte da idéia da justiça contratual nos contratos comutativos, onde o que interessa é a situação interna dos contratos e não a qualidade das partes, passa pela proteção do bom pai de família, onde este é visto cheio de virtudes, vai para o Código de Defesa do Consumidor onde o consumidor não é visto cheio de virtudes, mais sim como a parte fraca e agora neste início de século parece começar voltar a situação inicial de Aristóteles onde se busca o equilíbrio contratual.

### **XXI - A erradicação do binômio fornecedor-consumidor na busca do equilíbrio contratual**

O Código de Defesa do Consumidor utiliza metodologicamente a qualidade dos contratantes para estabelecer quem é o destinatário final nas relações contratuais de consumo, porém, ele mostra ser impreciso (I) também na doutrina e jurisprudência.

Como ensinava Aristóteles, a justiça comutativa não leva em conta a qualidade das partes e sim o equilíbrio que deve estar presente

nas prestações dos contratantes.<sup>1</sup> Desta forma, adotando esta teoria milenar de aplicação geral, a utilizaremos como método de proteção dos contratantes no Código de Defesa do Consumidor (II) para que se atinja o equilíbrio entre direito e obrigações contratuais, abandonando-se o binômio fornecedor-consumidor.

## **I – A inadaptação do método de proteção do consumidor**

Além do objeto representado por bens ou serviços (A) que devem estar presentes nas relações contratuais de consumo, o legislador organiza a proteção contratual criando duas categorias diversas de contratantes: o fornecedor (B) e o consumidor (C). A qualidade das partes se apresenta como um fator determinante para caracterização das relações de consumo. Se não existe uma das partes, não existe relação de consumo.

### **A) O objeto da relação de consumo**

A noção de relação contratual de consumo envolve grande de bens (a) e serviços (b).

#### **Bens**

O parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor fala em produto como objeto das relações de consumo, porém, preferimos utilizar o termo bens tendo em vista que estes têm uma amplitude maior que aquele.

Os produtos podem ser qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (§1º, do art. 1º do CDC).

Os bens podem ser objeto de consumo quando forem adquiridos pelo destinatário final e não pelo destinatário intermediário.

#### **Serviços**

---

<sup>1</sup> Aristóteles. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 110 e s.

O Código de Defesa do Consumidor, segundo estabelece o art. 3º, §2º, se aplica também aos serviços, considerando serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Os serviços podem ser de natureza material, como os serviços de dedetização e/ou intelectual, cuidados médicos quando fornecidos aos destinatários finais.

Não são incluídos como serviços os prestados pelo próprio Estado e remunerados a título de tributos “tributos” em geral, ou “taxas” e “contribuições de melhoria”, tendo em vista sua natureza tributária. Os serviços públicos onde não existe uma remuneração específica estão excluídos do regime jurídico das relações de consumo<sup>2</sup>, assim ocorre com o serviço de saúde, educação, fornecimento de água e esgoto<sup>3</sup>, iluminação pública,<sup>4</sup> por exemplos. Estes serviços são conhecidos por próprios ou *Uti universi*, sem possibilidade de identificação dos destinatários.

Os serviços impróprios ou *Uti singuli* podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. Esses serviços são remunerados por tarifa ou preço público e estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor<sup>5</sup>. Neste caso podemos citar como exemplos: o fornecimento de água, energia elétrica e transporte.

Também, a multa diária não deve ser considerada um serviço, tendo em vista sua natureza processual, no sentido de obrigar alguém a

---

<sup>2</sup> Superior Tribunal de Justiça - STJ. Resp. 478.958/PR. T1. Min. Luiz Fux, j. 24/06/2003. DJ: 04/08/2003, p. 237; REVJMG, vol. 165, p. 446; RJADCOAS, vol. 49, p. 105.

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 575.998/MG. T1. Min. Luiz Fux, j. 04/11/2004. DI: 21/02/2005, p. 114.

<sup>4</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 617290/MS. T2. Min. Franciulli Netto, j. 03/08/2004. DJ: 18/10/2004, p. 246.

<sup>5</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 463331/RO. T2. Ministra Eliana Calmon, j. 06/05/2004. DJ: 23/08/2004, p. 178.



fazer ou deixar de fazer algo. Não se aplica o CDC aos serviços realizados pelo perito judicial, não sendo possível a exigência de orçamento prévio.<sup>6</sup>

É discutível se o Código de Defesa do Consumidor se aplica as relações locatícias, sobretudo de imóveis, onde neste caso, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se mostra contrário, porém, parece difícil sustentar este posicionamento quando ampliamos a noção de serviços a locação de veículos.

A análise da prestação de serviços deve ser feita de forma real e não formal, assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não basta o consumidor ser rotulado de sócio e formalmente anexado a uma Sociedade Anônima para que seja afastado o vínculo de consumo, quando evidenciada a administração de recursos de terceiros.<sup>7</sup>

## **B) O fornecedor**

O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define o fornecedor como

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

A qualidade de fornecedor é muito importante para que haja um maior equilíbrio nas relações de consumo, pois, aumentando-se o número de fornecedores (1) teremos uma aplicação maior da justiça comutativa, já que esta não é baseada na qualidade das partes. A definição de fornecedor passa pelo estudo no que seja uma atividade profissional (2).

---

<sup>6</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 213799/SP. T4. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24/06/2004. DJ: 29/09/2003, p. 253; RT, vol. 820, p. 188.

<sup>7</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 600784/RS. T3. Ministra Nancy Andrighi, j. 16/06/2005. DJ: 01/07/2005, p. 518; STJ. Resp. 471.683/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; STJ. Resp. 310.723/Pr. Rel. Ministra Nancy Andrighi. DJ: 18/02/2002; Resp. 239.711. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJ: 19/03/2001.

## **1 – Uma diversidade de fornecedores**

Através desta definição percebe-se que o conceito de fornecedor ultrapassa aquele de empresário (i) e dos operadores privados (ii).

### **Além do *status* de empresário**

O fornecedor pode ser uma pessoa física ou jurídica, não importando seu porte. A qualidade de fornecedor não se esgota na qualidade de empresário. A qualidade de empresário desaparece em proveito daquela mais ampla que é do fornecedor. O empresário é absorvido pela qualidade de fornecedor. Da mesma forma o é o banqueiro, o profissional liberal, o segurador, o importador, o exportador,...

### **Além do *status* de operadores privados**

O conceito de fornecedor do artigo 3º do CDC é amplo, pois abrange a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, os “entes despersonalizados”, como por exemplos, a Itaipu Binacional, a massa falida ou o espólio de um empresário, em nome individual, cuja sucessão é representada pelo inventariante<sup>8</sup>.

Não são considerados fornecedores de serviços as associações desportivas ou condomínios.

## **2 – A atividade profissional**

### **A organização de uma atividade habitual**

Para que a atividade seja considerada profissional, o fornecedor a deve exercer de forma habitual, ou seja, não ocasional, podendo ser empresarial ou civil.

---

<sup>8</sup> José Geraldo de Brito Filomeno. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Editora Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 44.

### **A finalidade lucrativa**

A atividade é considerada profissional quando ela busca uma remuneração em contrapartida da prestação fornecida. A gratuidade de atividade se contrapõe ao caráter especulativo da atividade. A gratuidade se contrapõe a noção de justiça comutativa.

O fim do lucro deve ser entendido de forma ampla, não somente direta como indireta<sup>9</sup>. Assim, ainda que não cobrem entrada, os *Shopping Centers* visam lucros ao oferecer serviços as pessoas que lá se encontram, mesmo que não adquiram nenhum produto.<sup>10</sup> Da mesma forma, os supermercados visam lucro ao oferecem gratuitamente estacionamento aos compradores e potenciais compradores.

A qualidade de profissional vem ao encontro com a finalidade comutativa que deve imperar no Código de Defesa do Consumidor.

Se a qualidade de fornecedor não é difícil se ser definida, o mesmo não ocorre com o conceito de consumidor.

### **C) O consumidor**

O artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final”.

Partindo desta definição, verifica-se que não existe um método preciso na legislação, na doutrina e nem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de proteção do consumidor, os entendimentos são variados e dependem da observação de cada caso.

Como se observa, existe uma preocupação em se proteger um dos contratantes (o consumidor destinatário final), porém, não somente o

---

<sup>9</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 106.888/PR. Min. Rel. César Asfor Rocha. DJ: 05/08/2002.

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 279273/SP. Min. Rel. Ari Pargendler e Min. p/ac. Nancy Andrichi. T3, j. 04/12/2003. DJ: 29/03/2004, p. 230 e RDR, vol. 29, p. 356.

consumidor destinatário final é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, de forma fictícia, pessoas determinadas ou não, sem terem sido contratantes ou destinatárias finais dos objetos das relações de consumo, serão protegidas por equiparação (art. 2º, § único, art. 17 e art. 29).

Para tentar resolver o problema de quem é o destinatário final no Código de Defesa do Consumidor, duas tendências se apresentam: a subjetiva ou finalista (a) e a maximalista (b).

## **1) Teoria finalista<sup>11</sup>**

### **i) A doutrina**

A teoria finalista é restritiva, ela parte de um conceito econômico de consumidor e entende que não basta ser o adquirente ou utente destinatário final fático do bem ou serviços, deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

O consumidor aqui é o não profissional e somente ele merece a proteção do Código de Defesa do Consumidor.<sup>12</sup>

Para a teoria finalista, a qualidade das partes é observada como um critério determinante para se direcionar a proteção do consumidor.

---

<sup>11</sup> Adotada entre outros por Cláudia Lima Marques, Fábio Konder Comparato, Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin, Toshio Mukai, José Geraldo Brito Filomeno e Alberto do Amaral Júnior, como lembra Edilson Pereira Nobre Júnior. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho/setembro de 1998, p. 67.

<sup>12</sup> Cláudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, os. 67-69 afirma “convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, que é o consumidor e quem não o é.” No mesmo sentido: José Geraldo Brito Filomeno. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Editora Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 34.

## ii) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O conceito de consumidor se restringe, em princípio, as pessoas físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam lucro em suas atividades e que contratam com profissionais.<sup>13</sup>

A linha de precedentes adotada pelas Quarta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça vão ao encontro da teoria subjetiva, restringindo a exegese do art. 2º do CDC ao destinatário final fático e também econômico do bem ou serviço.<sup>14</sup>

O Superior Tribunal de Justiça decide, por maioria de votos, através da Segunda Seção, que não é considerado destinatário final quem utiliza equipamento de serviço de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito, pois este serviço tem o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, sendo considerada uma atividade de consumo intermediária<sup>15</sup>, o mesmo ocorrendo com o consumidor intermediário que adquire produto ou usufrui serviço com o fim de direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo.<sup>16</sup> Desta forma, fica demonstrado que o consumidor deve adquirir ou utilizar produtos ou serviços fora de sua atividade profissional<sup>17</sup>, independentemente dele visar ou não o lucro.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. Segunda Seção – S2. Voto do Exmo. Sr. Min. Jorge Scartezzini, p. 11, j. 10/11/2004. DJ: 16/05/2005, p. 227.

<sup>14</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 218.505/MG. Rel. Min. Barros Monteiro. T4, unânime. DJ: 14/02/2000; STJ. Resp. 264.126/RS. Rel. Min. Barros Monteiro. T4, unânime. DJ: 27/08/2000; STJ. Resp. 475.220/GO. Rel. Min. Paulo Medina. T6, unânime. DJ: 15/09/2003.

<sup>15</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. Min. Rel. Antonio de Pádua Ribeiro. S2, j. 10/11/2004. DJ: 16/05/2005, p. 227; em sentido contrário STJ. CC 41056/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Rel. p/ac. Ministra Nancy Andrighi. S2, j. 23/06/2004. DJ: 20/09/2004, p. 181.

<sup>16</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ; Resp. 660026/RJ. T4. Min. Jorge Scartezzini, j. 03/05/2005. DJ: 27/06/2005, p. 409.

<sup>17</sup> Assim, é consumidor quem “adquiriu, como destinatária final, programas de computador distribuídos por esta, com o intuito de melhor gerenciar seu estoque de produtos: “Extrai-se dos autos que a recorrente é qualificada como destinatária final, já que se dedica à produção de alimento e que se utiliza dos serviços de software, manutenção e suporte oferecidos pela recorrida, apenas para controle interno da produção. Deve-se, portanto, distinguir os produtos adquiridos pela empresa que são

No mesmo julgamento realizado pela Segunda Seção, que reconheceu o domínio da teoria subjetiva<sup>19</sup>, o STJ flexibiliza este entendimento metodológico, ao reconhecer que em situações especiais, deve ser abrandado<sup>20</sup> o critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários<sup>21</sup> em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável técnica, jurídica ou economicamente, de forma presumidamente ou não.

O consumidor não sendo vulnerável econômica, jurídica ou tecnicamente não será protegido.<sup>22</sup>

---

meros bens de utilização interna da empresa daqueles que são, de fato, repassados aos consumidores ", segundo julgou o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 488.274/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3T, unânime. DJ: 23/06/2003; ainda no mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça. Resp. 263.229/SP. Rel. Min. José Delgado. 1T, unânime. DJ: 09/04/2001," considerou ser a pessoa jurídica Golfinho Azul Indústria, Comércio e Exportação Ltda. consumidora dos serviços de fornecimento de água, prestados pela SABESP, para utilização em sua atividade econômica, a produção pesqueira: "A recorrente, na situação em exame, é considerada consumidora porque não utiliza a água como produto a ser integrado em qualquer processo de produção, transformação ou comercialização de outro produto. O fornecimento de água é para o fim específico de ser consumida pela empresa como destinatária final, utilizando-a para todos os fins de limpeza, lavagem e necessidades humanas. O destino final do ato de consumo está bem caracterizado, não se confundindo com qualquer uso do produto para intermediação industrial ou comercial ".

<sup>18</sup> Cláudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, f. 107, entende que somente estão submetidos "às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visam lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica ", ou seja, não interessa se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou serviço.

<sup>19</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 476.428. T3. Min. Nancy Andrighi, j. 19/04/2005. DJ: 09/05/2005, p. 390.

<sup>20</sup> No mesmo sentido, ver STJ. Resp. 661.145. T4. Min. Jorge Scartezzini, j. 22/02/2005.

<sup>21</sup> Assim, o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 468148/SP. T3, j. 02/09/2003. DJ: 28/10/2003, p. 283, anulou a cláusula de eleição de foro baseada na qualidade do contratante que era uma microempresa para facilitar sua defesa.

<sup>22</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. CC 32.270/SP. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, DJ: 11/03/2003; AEResp. 561.853/MG. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, T3, unânime, DJ: 24/05/2004; Resp. 519.946/SC, Rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, unânime, DJ: 28/10/2003 e Resp. 457.398/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, T4, unânime, DJ: 09/12/2002.

Para resumir, a pessoa jurídica aqui pode ser consumidora, desde que destinatária final fática e econômica e que ainda preencha os seguintes requisitos<sup>23</sup>:

não detenha a pessoa jurídica intuito de lucro, isto é, não exerça atividade econômica, o que ocorre com as fundações, associações, entidades religiosas, sindicatos, partidos políticos; ou

caso tenha a pessoa jurídica adquirente ou utente intuito de lucro, duas circunstâncias, cumuladamente, devem estar presentes: (a) o produto ou serviço adquirido ou utilizado não possua qualquer conexão direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e (b) esteja demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica ou técnica) perante o fornecedor.

## **2) Teoria maximalista ou objetiva<sup>24</sup>**

### **a) A doutrina**

A teoria maximalista pressupõe um conceito jurídico-objetivo de consumidor e dá uma interpretação ampla ao termo “destinatário final”, podendo ser pessoa física ou jurídica, que se apresente como destinatário final fático do bem ou serviço, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação de serviços, ou seja, o destinatário final do produto é aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consume, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação de serviços, como por exemplo, a compra de um ônibus somente para

---

<sup>23</sup> Explicação dada no voto vista sobre a teoria subjetiva pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrigui, p. 4, junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 41056/SP. S2. Min. Rel. Aldir Passarinho e Ministra p/ac. Nancy Andrighi, j. 23/06/2004. DJ: 20/09/2004, p. 181.

<sup>24</sup> A qual conta com defensores como Duciran Van Marsen Faren. Notas sobre o consumo e o conceito de consumidor – Desenvolvimentos recentes, “in” “Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União”, nº 2. Brasília, jan.-mar./2002, pp. 42/43; Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins. Código do Consumidor Comentado. São Paulo: RT, 2ª ed., 1995.

transporte dos funcionários. O que interessa é o ato de consumo final e não sua finalidade. Não deve haver finalidade de revenda.

Para esta teoria, não importa perquirir a finalidade do ato de consumo, sendo irrelevante se a pessoa objetiva a satisfação de necessidades pessoais ou profissionais, se visa ou não o lucro ao adquirir ou utilizar produto ou serviço. Ainda, não interessa analisar sua vulnerabilidade técnica (ausência de conhecimentos específicos quanto aos caracteres do bem ou serviço consumido), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos) ou socioeconômico (posição contratual inferior) em virtude da magnitude econômica da parte adversa ou do caráter essencial do produto ou serviço por ela oferecido.

Para a teoria maximalista o ato de consumo pelo destinatário final fático é um critério determinante para a caracterização do consumidor.

### **b) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

A Primeira e a Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça, adotam os pressupostos da teoria objetiva ou maximalista, considerando-se o consumidor o destinatário final fático do bem ou serviço, ainda que venha a utilizá-lo no exercício profissional ou de empresa.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 208.793/MT. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. Votação unânime. DJ: 01/08/2000; STJ. Resp. 329.587/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. Votação unânime. DJ: 24/06/2000; STJ. Resp. 286.441/RS. Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro. Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3, maioria. DJ 03/02/2003; STJ. Resp. 488.274/MG. Rel. Ministra Nancy Andrighi, unânime. DJ: 23/06/2003; STJ. Resp. 468.148/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3, unânime. DJ: 28/10/2003; STJ. Resp. 445.854/MS. Rel. Min. Castro Filho. T3, unânime. DJ: 19/12/2003; STJ. Resp. 235.200/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. DJ: 04/12/2000; STJ. Resp. 248424/RS. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. DJ: 05/02/2001 e STJ. Resp. 263.721/MA. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. T3. DJ: 09/04/2001; STJ. Resp. 263.229/SP. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma, unânime. DJ: 09/04/2001.



O direito contratual das relações de consumo (teoria objetiva) está mais ligado a noção objetiva de ato de consumo<sup>26</sup> do que a noção subjetiva de consumidor, assumindo assim uma função preponderante econômica.

O importante aqui é a retirada do bem de mercado (ato objetivo) sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo).<sup>27</sup>

O Código de Defesa do Consumidor se mostra mais preocupado com a relação jurídica existente entre tomador e o fornecedor do crédito sobre o qual se litiga, que é de consumo<sup>28</sup>, do que com a natureza da pessoa contratante ou a destinação dos bens adquiridos<sup>29</sup>.

O direito contratual das relações de consumo (teoria objetiva) está mais ligado a noção objetiva de ato de consumo final.<sup>30</sup>

O importante aqui é a retirada final do bem de mercado (ato objetivo) sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo)<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. DJ: 16/05/2005, p. 227.

<sup>27</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. DJ: 16/05/2005, p. 227; STJ. Resp. 286.441/RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3T., maioria. DJ: 03/02/2003, afirmando que “O que é feito com o produto transportado não tem, a meu ver, peso algum na definição de quem foi o” destinatário final “do serviço de transporte.”

<sup>28</sup> Desta forma, o crédito educativo está sujeito as relações de consumo, como julgou o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 638130/PR. T1. Min. Luiz Fux, j. 17/02/2005. DJ: 28/03/2005; o CDC é aplicado aos contratos de mútuo para financiamento habitacional pelo SFH (Súmula 83).

<sup>29</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg nos Edcl no Resp 630963/RS. Ministro Humberto de Barros. T3, j. 24/05/2005. DJ: 27/06/2005, p. 378; Súmula 297; o Superior Tribunal de Justiça. Resp. 468.148/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3T, unânime. DJ: 28/10/2003, “considerou ser consumidora a pessoa jurídica SBC Serviços de Terraplanagem Ltda., ao adquirir crédito bancário para compra de tratores a serem utilizados em sua atividade econômica”; ainda no mesmo sentido o STJ. Resp. 445.854/MS. Rel. Min. Castro Filho. 3T, unânime. DJ: 19/12/2003, entendeu que é consumidor aquele que adquire crédito bancário para a compra de colheitadeira a ser utilizada em sua atividade econômica.

<sup>30</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. DJ: 16/05/2005, p. 227.

## **Conclusão da primeira parte**

A qualidade do consumidor como destinatário final de produtos e serviços é analisada sob o ponto de vista econômico, ou seja, leva-se em conta o sujeito como último estágio do processo produtivo.

Ao utilizar este critério o conceito de consumidor se revela impreciso tanto na legislação como na doutrina e jurisprudência, parecendo um erro de construção metodológica<sup>32</sup>, demonstrando ser inapto para se atingir o objetivo de proteção de contratantes de uma mesma categoria.

## **II – O abandono do critério legal baseado no binômio fornecedor-consumidor<sup>33</sup>**

Face a incerteza metodológica de parâmetros para a proteção do consumidor como destinatário final, propomos que seja levado em conta a economia contratual dos contratos comutativos para corrigir o

---

<sup>31</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 541.867/BA. S2 – Segunda seção. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 10/11/2004. DJ: 16/05/2005, p. 227; STJ. Resp. 286.441/RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 3T., maioria. DJ: 03/02/2003, afirmando que “O que é feito com o produto transportado não tem, a meu ver, peso algum na definição de quem foi o” destinatário final “do serviço de transporte.”

<sup>32</sup> Neste sentido N. Rzepecki. Droit de la consommation et théorie générale du contrat. Thèse Strasborug, 1998, p. 336.

<sup>33</sup> Silney Alves Tadeu. O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 185, ao discorrer sobre a qualidade de consumidor sob o ponto de vista da união européia, afirma, com o que concordamos, que “se considera que não é adequado falar-se de um direito de consumo, senão de uma teoria geral dos contratos, pois se ignora que os consumidores são contratantes e uma parte componente do mercado, e que por isso sua proteção deve se integrar necessariamente em normativas que regulem o mercado em conjunto (Nesse sentido veja-se A y R. Berconvitz Rodríguez Cano. Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Madrid: tecnos, 1987, p. 45).” O autor ainda questiona “que se ha de entender por consumidor, isto é, se é definido ou não como uma categoria distinta a de um adquirente de bens ou serviços que justifique a constituição de um direito especial em torno desta figura” e conclui que não existe “uma definição de caráter uniforme do termo consumidor”, ao se basear em Guido Alpa. Diritto privato del consumi. Bologna: Ed. Il Mulino, 1986, p. 22. Ainda o autor muito bem destaca “Por outro lado, se o conceito de consumidor se generaliza até o ponto de considerar que – consumidores somos todos – dita condição já não é especial, porque em referido âmbito subjetivo não pode basear-se a criação de um direito excepcional denominado como direito dos consumidores; ademais, se sigamos mantendo a tese da excepcionalidade, incorreríamos em um grande erro de tratar como especial aquele que aparece como genérico.”

desequilíbrio contratual manifesto entre as prestações dos contratantes, ou seja, entre seus direitos e obrigações<sup>34</sup> e que sejam incluídos de forma ampla os bens e serviços privados e públicos (*Uti singuli e Uti universi*).

O contratante deve receber uma proteção compensatória em virtude do desequilíbrio contratual manifesto e não baseado na sua qualidade extrínseca<sup>35</sup>.

A proteção do contratante deve tomar como causa a desvantagem manifesta para haver uma harmonização dos interesses de seus participantes (art. 4º, III, do CDC) e não a qualidade dos contratantes tidos como fornecedor e consumidor. Neste sentido a legislação consumerista sobre cláusulas abusivas pode se revelar como o fruto de uma insuficiente reflexão sobre as possibilidades oferecidas pelo direito comum em matéria de correção dos desequilíbrios contratuais.<sup>36</sup>

Se o direito contratual comporta disposições gerais permitindo de conferir a mesma proteção aos contratantes, então a erradicação do método baseado na qualidade dos contratantes, torna-se possível. Assim, estaremos caindo nas fontes de direito e a questão então é de saber se a aplicação judicial do direito comum dos contratos seria desejável para colocar fim ao atual método de proteção do consumidor.

Para que exista um equilíbrio contratual de prestações nos contratos comutativos o método proposto é que o julgador intervenha nas relações de consumo (A) para corrigir os desequilíbrios manifestos (B).

---

<sup>34</sup> Ronaldo Porto Macedo Júnior. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan.-março de 2001, p. 89, destaca que "Explorar o art. 6º do CDC que dispõe do equilíbrio de obrigações e deveres numa perspectiva não exclusivamente econômica, mas de igualdade de direitos, do poder de fiscalização, do poder de participação poderia ser um caminho."

<sup>35</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie législative. Paris: LGDJ, 2002, p. 210.

<sup>36</sup> J. P. Chazal. Théorie de la cause et justice contractuelle: a propos de l'arrêt Chronopost (Cass.com. 22 oct. 1996). JCP 1998, éd. G, I, 152, p. 1317; do mesmo autor, v. nota sobre Cass. civ. 1er, 20 mai 2000, Dalloz, 2000, p. 879, spéc. N° 10, p. 882; C. Nourissat. La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien? D. 2000, chron., p. 369.

## **A - A busca do equilíbrio contratual através da intervenção judicial**

As teorias finalista e maximalista analisam o consumidor como a causa de proteção enquanto entendemos que a causa da proteção deve ser o equilíbrio contratual, cujo efeito é a proteção da parte em desequilíbrio.

A evolução do direito contratual se mostra preocupada com o equilíbrio contratual e a intervenção do juiz se faz presente. “Se desenha uma nova forma de considerar o contrato, como uma união de interesses equilibrados, (...) sob a égide de um juiz que sabe ser, quando necessário, juiz da equidade (...)”.<sup>37</sup>

Desta forma, sem cair na arbitrariedade, o juiz deve intervir no processo para corrigir os desequilíbrios manifestos (a), sem portanto, deixar de observar o princípio da força obrigatória dos contratos (b), fazendo com que haja uma conciliação entre estes dois pontos.

### **A intervenção judicial como método de correção do desequilíbrio entre os contratantes**

A justiça corretiva não pode ser vista com um fim em si, mas somente como um meio de correção das convenções (muito) desequilibradas.<sup>38</sup>

A tendência no direito moderno é a de que o juiz tome decisões motivadas<sup>39</sup> com força de lei, sendo que tais decisões passam a

---

<sup>37</sup> Ph. Remy. Droit des contrats: questions, positions, propositions, in Le droit contemporain des contrats. Economica, 1987, p. 271.

<sup>38</sup> Aristóteles. Ética a Nicômaco São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 110 e s.

<sup>39</sup> Assim, muito bem lembra Cristina Tereza Gaulia. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 40, out-dez 2001, p. 91 que “O sistema de persuasão racional é o acolhido em nosso direito, que o consagra através do art. 131 do CPC (‘o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento’), a cuja orientação se deve cingir a interpretação da regra contida no

ser fontes derivadas e auxiliares do direito. Uma reforma do direito contratual não pode passar despercebida por esta questão, porém, isto não significa dizer que o poder do judiciário exclua uma metodologia própria para se buscar o equilíbrio contratual, a qual deve receber o aval do legislador.<sup>40</sup>

No Código de Defesa do Consumidor, o consumidor recebe uma proteção promocional decorrente da legislação, enquanto que aqui, o contratante em desvantagem manifesta recebe uma proteção frente ao desequilíbrio contratual visto pelo juiz, pois a lei por si só se revela incapaz deste controle, como ocorre com o controle das cláusulas abusivas.<sup>41</sup>

O juiz deve intervir quando estiver presente o desequilíbrio das prestações, assim, quando a cláusula de eleição de foro, oriunda de contrato de adesão dificultar o acesso a justiça, ocorrerá a intervenção judicial para reconhecer sua nulidade, porém, o simples fato do contratante alegar que é “uma empresa menor do que a ré não é suficiente, por si só, para afastar o foro eleito”, ou seja, o juiz não intervém porque não fica comprovado o abuso.<sup>42</sup> Para corrigir o desequilíbrio contratual, o juiz deve observar a eventual onerosidade excessiva do contrato e não a hipossuficiência do contratante.<sup>43</sup>

---

art. 157 do CPP (o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova); Antonio Carlos de Araújo Cintra: Ada Pellegrine Grinover; e Cândido Rangel Dinamarco. Teoria geral do processo. 3 ed. RT, p. 319.

<sup>40</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 238.

<sup>41</sup> Daniela Moura Ferreira. Contrato de consumo. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 163.

<sup>42</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. DJ: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

<sup>43</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. DJ: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

O julgador não deve esquecer de tomar como base a legislação dentro do que for razoável para a solução da lide, sob pena de se ferir o princípio da força obrigatória dos contratos.

### **O respeito ao princípio da força obrigatória dos contratos através da aplicação da teoria da razoabilidade**

A situação de manifesto desequilíbrio entre os contratantes faz com que ocorra a intervenção estatal pela via legislativa, para atuar no campo contratual, flexibilizando as tão decantadas autonomia da vontade e obrigatoriedade do contrato, pela presença da ordem pública.<sup>44</sup>

Na busca deste equilíbrio, o juiz tem o poder de refazer os contratos imperfeitos.<sup>45</sup> À manifestação do consentimento e à sua força vinculante é agregado o objetivo do equilíbrio das partes, através da ordem pública e da boa-fé. Assim, numa relação entre um advogado e seu cliente quando não ficar estipulado o valor dos honorários advocatícios e existir uma prestação efetiva de serviços, cabe ao julgador arbitrar o valor dos honorários ou quando este valor se revelar excessivo buscar o equilíbrio analisando as prestações dos contratantes reduzindo-o.

A autonomia da vontade dos contratantes será ultrapassada quando reconhecida, à vista de provas, nas instâncias ordinárias, a abusividade<sup>46</sup>, como visto no exemplo acima, tanto pela ausência de preço como pelo excesso.

---

<sup>44</sup> Edílson Pereira Nobre Júnior. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho-setembro de 1998, p. 59; neste sentido o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em matéria já sumulada pelo STF (Súmula 121/STF) entende que “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”.

<sup>45</sup> Neste sentido afirmou o Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira em sua palestra realizada em Milão, sob o título “A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro”. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 43, julho-setembro de 2002, p. 75.

<sup>46</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. DJ: 30/05/2005, p. 228.

O respeito à força obrigatória dos contratos deve se dar conforme o que for razoável<sup>47</sup>, observando-se a expectativa dos contratantes com relação as prestações recíprocas. Ocorrerá uma interferência judicial compensatória para que se atinja o razoável.

É possível se verificar que o atual método de proteção do consumidor pode ser revisto através de uma cooperação entre o que estabelece a lei e o poder do juiz.

Para que o juiz atinja a proteção compensatória, ele deverá utilizar instrumentos jurídicos adequados, relativizando a autonomia da vontade em prol da justiça contratual<sup>48</sup>, pois, o contrato só poderá ser útil ao princípio da sociabilidade dos contratos se proporcionar equilibrados benefícios para ambas partes contratantes.<sup>49</sup>

## **B) A correção do desequilíbrio por meio de instrumentos jurídicos legais**

### **a) Mecanismos de correção do desequilíbrio contratual**

Ao se abandonar o critério legal de proteção baseado na qualidade das partes, baseando-se na intervenção do juiz<sup>50</sup> para se atingir o equilíbrio entre os contratantes, este, sem se desviar de noções legais

---

<sup>47</sup> Esta noção de razoabilidade também deve ser aplicada aos serviços públicos, como destaca Ronaldo Porto Macedo Júnior. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n° 37, jan.-março de 2001, p. 88, pois, " Uma tal visão nos obrigaria, portanto, a uma interpretação menos formalista e mais sociológica da relação do consumidor ou do usuário deste mercado de consumo. "

<sup>48</sup> Edílson Pereira Nobre Júnior. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n° 27, julho/setembro de 1998, p. 75.

<sup>49</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. DJ: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

<sup>50</sup> O art. 5º, XXXV, CF estabelece que nenhuma ameaça ou lesão deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

estritamente definidas, aplicará às regras de provas como instrumento na busca deste equilíbrio contratual(1) bem como outros *standards*(2).<sup>51</sup>

### 1) O recurso as regras de prova

Nas relações de consumo existe uma regra de prova na qual se presume que o consumidor é a parte vulnerável<sup>52</sup>, a parte fraca e assim ele tem o direito

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímel a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII, CDC).

A facilitação da produção de provas, inclusive com a inversão de seu ônus, serve para mostrar a dificuldade presumida que o consumidor tem em produzi-la. Assim, o juiz tem o poder-dever<sup>53</sup> de buscar o equilíbrio na relação contratual onde a produção apresenta ser difícil ao consumidor.

Existe a facilitação e mesmo a inversão, porém, se não ficar demonstrada a existência do desequilíbrio contratual efetivo, não haverá proteção do contratante.<sup>54</sup> Desta forma, a presunção simples de que o consumidor é a parte fraca nas relações de consumo não resolve o problema do desequilíbrio contratual, pois, a causa está no desequilíbrio contratual e não na qualidade dos contratantes.

---

<sup>51</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 260.

<sup>52</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 476428/SC. T3. Ministra Nancy Andrighi, j. 19/04/2005. DJ: 09/05/2005, p. 390.

<sup>53</sup> José Carlos Maldonado de Carvalho. A inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do direito do consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 46, abril-junho de 2003, p. 249.

<sup>54</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. DJ: 19/09/2005, p. 207.



O desequilíbrio contratual deve ser demonstrado pelo contratante para que exista a proteção do equilíbrio contratual<sup>55</sup>. Na busca do equilíbrio das prestações, é praxe a utilização de ações revisionais protegidas pelo art. 6º, V, do CDC, visando a corrigir os abusos praticados na relação contratual (art. 51, §1º, do CDC).<sup>56</sup>

O excesso na prestação de um dos contratantes deve ser demonstrado nas instâncias ordinárias. Assim, num período sem inflação, não se pode admitir uma cobrança mensal de juros remuneratórios superiores a 41% ao mês, “sob pena de permitir-se anormal enriquecimento de um dos partícipes da relação negocial, em detrimento do outro”[...] quando a remuneração vai além do dobro do que resultaria da incidência da correção monetária e mais o percentual de juros padrão, está-se diante de tratamento iníquo em relação a um dos obrigados, qual seja o devedor.”<sup>57</sup>.

Por outro lado, não haverá proteção do contratante se não houver a demonstração de nenhum excesso. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos regidos pelo SFH, o contratante não obteve êxito em demonstrar que as cláusulas contratuais sejam abusivas, o que

---

<sup>55</sup> Assim, no julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 628461/RS. T3. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 07/10/2004. DJ: 17/12/2004, p. 541, ficou demonstrado através de ação revisional de contrato de mútuo bancário que a cobrança de juros remuneratórios de 41,80% e 41,74% era abusivo, ficando estabelecida a cobrança pela taxa média de mercado.

<sup>56</sup> Ronaldo Porto Macedo Júnior. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan.-março de 2001, p. 85, destaca que “ o Código de Defesa do Consumidor inova em relação ao Código Civil, por exemplo, na medida em que ele obriga o operador do direito a analisar as circunstâncias do desequilíbrio concreto, real, econômico e social; para, daí, extrair a medida do desequilíbrio contratual caracterizado pela presença do ônus excessivo.”

<sup>57</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. DJ: 30/05/2005, p. 228.

afasta a nulidade do contrato por afronta às relações básicas de consumo.<sup>58</sup>

Os exemplos acima servem para demonstrar que a qualidade do binômio fornecedor-consumidor pode ser abandonada para se resolver o problema do desequilíbrio contratual, substituindo-se uma regra de prova por uma regra de fundo, a qual responde melhor a realização da justiça comutativa.<sup>59</sup>

O abandono da qualidade dos contratantes será ainda favorecido pela aplicação de *standards* desencadeando a ressurreição do direito comum dos contratos.<sup>60</sup>

## **2) A utilização de *standards* para proteção do contratante**

A utilização de *standards*, ou seja, de normas que não são imediatamente operacionais<sup>61</sup>, constituindo-se uma noção-quadro, uma noção com conteúdo variável<sup>62</sup>, aberta a complementação e sujeita a variação no tempo, possibilita ao juiz<sup>63</sup> a apreciação *in concreto* de situações<sup>64</sup> que neles se enquadram para buscar o equilíbrio contratual.

---

<sup>58</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. DJ: 19/09/2005, p. 207.

<sup>59</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 265.

<sup>60</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 260.

<sup>61</sup> Ph. Jestaz. Rapport de synthèse “in” Les standards dans les divers systèmes juridiques. RRJ droit prospectif, 1988-3, p. 1181, spéc. , p. 1182; Delmas-Marty. Pour un droit commum. Seuil, 1994, p. 123 e s.

<sup>62</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 266.

<sup>63</sup> O Ministério Público pode administrativamente realizar o controle das cláusulas abusiva no Código de Defesa do Consumidor, como lembra Cristiano Heineck Schmitt. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 33, jan.-março de 2000, p. 179.

<sup>64</sup> Assim, os fatos citados pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (STJ-T3), no Resp. 476428/SC, j. 19/04/2005, DJ: 09/05/2005, p. 390 relacionados a vulnerabilidade do consumidor que esta “não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela

A boa-fé e a eleição de uma obrigação essencial<sup>65</sup> constituem-se bons exemplos de *standards*, assim como o abuso de poder econômico e o dolo quando ficar demonstrado o desequilíbrio significativo de prestações e o abuso por parte de um dos contratantes. A boa-fé (art. 4º, *caput*, III e art. 51, IV, do CDC) é o principal *standards* a ser utilizado para o equilíbrio das prestações contratuais. Seu antônimo é o abuso a iniquidade. Onde não houver abuso, não existe iniquidade.<sup>66</sup>

As cláusulas abusivas obedecem esta finalidade porque elas trazem um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações dos contratantes. Assim, a abusividade e a onerosidade excessiva devem ser analisadas de forma objetiva e corrigidas, pois, a preocupação do legislador de buscar o equilíbrio ideal entre fornecedor e consumidor nos contratos de consumo<sup>67</sup> não pode se limitar somente a qualidade destes contratantes, mas sim a qualquer contratante.

---

natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores”, são fatos que entendemos poderem se encaixar dentro de *standarts*, para que ocorra o equilíbrio das prestações entre os contratantes, não tendo sua aplicação limitada a proteção da qualidade do contratante consumidor.

<sup>65</sup> Superior Tribunal de Justiça-STJ. Resp. 196.031/MG. DJ 11.06.2001, traz um exemplo da eficácia da obrigação essencial ao julgar que “III – Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja consequência não deve arcar o consumidor”.

<sup>66</sup> O Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 684.613/SP. T3. Ministra Nancy Andrichi, j. 21/06/2005. DJ: 01/07/2005, p. 530 entendeu que a fixação de cláusula contratual de eleição de foro não é abusiva quando estiver ausente a vulnerabilidade do consumidor e o contrato estiver cumprindo sua função social e não ofender a boa-fé objetiva, nem tampouco trazer como resultado a inviabilidade ou especial dificuldade de acesso a justiça, ou seja, aqui não existe desequilíbrio contratual; no mesmo sentido STJ. Resp. 33256/SP. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Rel. p/ac Min. Barros Monteiro. S2, j. 27/10/2004. DJ: 06/04/2005, p. 201.

<sup>67</sup> Nelson Nery Júnior. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 587.

O desequilíbrio não precisa necessariamente ser efetivo para que se busque o equilíbrio, basta a ameaça do desequilíbrio contratual para que ocorra a correção.<sup>68</sup>

O consumidor não é protegido somente pela sua qualidade. Para que ele receba a proteção diante de uma cláusula abusiva ele deverá mostrar que existe excesso na sua prestação. Desta forma, é abandonado o critério legal de proteção do consumidor frente a ausência de desequilíbrio contratual<sup>69</sup>, pois o julgador aqui demonstra estar preocupado não com a qualidade dos contratantes, mas sim com a aplicação da justiça comutativa.

Ao ser eleito o foro para discussão de um contrato de adesão, independente da relação ser ou não de consumo, esta cláusula deve prevalecer se não houver demonstração de onerosidade excessiva para o contratante, nem prova de dificuldade de acesso ao judiciário ou restrição a sua defesa em juízo, pois, a simples contratação por adesão não é elemento suficiente para determinar a vulnerabilidade do contratante que adere.<sup>70</sup>

O abuso ocorre quando ficar demonstrado o desequilíbrio contratual porque o comprador está na dependência de um produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do

---

<sup>68</sup> Nelson Nery Júnior e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 591.

<sup>69</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. DJ: 19/09/2005, p. 207.

<sup>70</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. DJ: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; STJ. C/C 31.227/MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 04/06/2001; STJ. C/C 32.887/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ: 07/04/2003. Assim, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no julgamento do Resp. 379.949/PR. DJ: de 15/04/2002 entende que: “a cláusula de eleição de for inserida em contrato de adesão é, em princípio válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.”. Esses fatos exposto pelo e. Min. demonstram o desequilíbrio entre as prestações.

bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, por exemplo, de trabalhar com o sistema de pagamento de cartão de crédito, etc.<sup>71</sup>

Como a boa-fé deve estar presente na fase pré-contratual até a fase pós-contratual, é permitido que seja demonstrado o abuso de prestações e o enriquecimento ilícito mesmo após o término do contrato.

A utilização dos *standards* nas relações de consumo faz despertar o direito comum. Assim, a aplicação e não criação de *standards* pelo julgador, se mostra como instrumento capaz de substituir o atual método legislativo que se baseia na qualidade dos contratantes, por um método de proteção compensatória fundamentado no equilíbrio contratual dos contratantes.

A luta contra as cláusulas abusivas nas relações de consumo se mostra como um método discriminatório ao se permitir a proteção somente de uma categoria de pessoas, os consumidores. Para acabar com esta discriminação, propomos que seja eliminado o binômio fundamentado na qualidade dos contratantes (fornecedor e consumidor) pelo fundado no equilíbrio contratual, abandonando-se a qualidade dos contratantes.

A aplicação do conceito de cláusula abusiva deve levar em conta o desequilíbrio manifesto entre os contratantes<sup>72</sup>, ou seja, sem a existência do desequilíbrio, não existe motivo para se anular uma

---

<sup>71</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. S2. Min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. p/ac. Barros Monteiro, j. 27/10/2004. DJ: 06/04/2005, p. 201, voto do Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

<sup>72</sup> Nelson Nery Júnior. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Editora Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 558, a define a cláusula abusiva com sendo “aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação de consumo”, ou seja, o “consumidor”. Preferimos dizer, dentro do que sustentamos, que ela é manifestamente desfavorável a um dos contratantes, pois abandonamos a qualidade das partes para que sua aplicação seja mais ampla dentro dos contratos comutativos, na busca do equilíbrio contratual.

cláusula, pois não existe abuso<sup>73</sup>. Na análise de uma cláusula, para ver se ela é abusiva ou não, justamente estamos aplicando um *standard*, o antônimo da boa-fé, o abuso nas relações contratuais. O Código de Defesa do Consumidor, comporta um *standard*. Porque não ir mais longe e aplicá-lo a outros contratantes? O juiz não poderá utilizar um *standard* do direito comum dos contratos?<sup>74</sup>

J. Calais-Aloy estima que o direito do consumo coloca ao serviço da boa-fé contratual os meios de restaurar o equilíbrio contratual que até agora o direito comum ignorava.<sup>75</sup> A propensão da boa-fé como base do controle judicial do caráter abusivo de uma cláusula, independe da qualidade das partes.<sup>76</sup> O abuso, por sua vez, deve permitir o controle do desequilíbrio contratual, independente da qualidade dos contratantes.

A boa-fé se manifesta também através da obrigação de informação<sup>77</sup> (art. 6º, III, do CDC), pois assim o consentimento pode ser protegido e se protegendo o consentimento está se protegendo o patrimônio. A informação persiste não só na fase pré-contratual, ela vai até a fase pós-contratual (art. 10, §1º, do CDC).<sup>78</sup> O primeiro caminho para se obter a justiça contratual está indicado no art. 47 do CDC, ao estabelecer que as cláusulas contratuais serão interpretadas de forma favorável ao consumidor.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. Resp. 691929/PE. T1. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01/09/2005. DJ: 19/09/2005, p. 207.

<sup>74</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 281.

<sup>75</sup> J. Calais-Aloy. L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats. Paris: RTD. Com. 1998, p. 115, esp. 117.

<sup>76</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 282.

<sup>77</sup> Assim, o consumidor deve tomar conhecimento prévio antes de seu nome ser negativado nos serviços de restrição de crédito, como estabelece o art. 43, §2º do CDC, sob pena de quem não o fizer pagar pelos danos morais causados.

<sup>78</sup> Sérgio Cavalieri Filho. O direito do consumidor no limiar do século XXI. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 35, julho-setembro, 2000, p. 102.

<sup>79</sup> Edílson Pereira Nobre Júnior. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho/setembro de 1998, p. 63.

O consumidor é protegido de forma preventiva por meio do direito de informação, pois, a falta de informação é fonte de desequilíbrio.<sup>80</sup> O Código de Defesa do Consumidor assegura como direito básico do consumidor, o direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, III, do CDC).

Assegurando a qualidade do consentimento do consumidor evita-se a injustiça contratual.<sup>81</sup>

### **b) Efeitos da aplicação dos *standards***

A correção do desequilíbrio deve ser buscada de forma a que se atinja o mais próximo equilíbrio total, lutando contra a injustiça contratual, seja quando esta se manifeste pelo desequilíbrio excessivo do conteúdo do contrato, seja pela desproporcionalidade excessiva decorrente dos poderes dos contratantes.

O julgador deve buscar o equilíbrio contratual de forma objetiva, caso a caso<sup>82</sup>. Assim, frente ao reconhecimento da existência de juros abusivos, devem ser fixadas taxas de juros praticadas no mercado, declarando-se nula a cláusula contratual.<sup>83</sup>

A correção judicial deve ser buscada não somente para reconhecer a nulidade da cláusula contratual<sup>84</sup>, mas também para corrigi-la sem que haja necessidade do reconhecimento de sua nulidade, quando esta última vier a trazer prejuízos aos contratantes, gerando novo desequilíbrio contratual.

---

<sup>80</sup> Jean Calays-Auloy e Frank Steinmetz. Droit de la consommation. Paris: Dalloz, p. 49, nº 49.

<sup>81</sup> Cyril Noblot. La qualité du contractant comme crière legal de protection: essai de méthodologie legislative. Paris: LGDJ, 2002, p. 210.

<sup>82</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. DJ: 30/05/2005, p. 228; STJ. Resp. 327727/SP. T4. Min. César Asfor Rocha. DJ: 08/03/2004, p. 166.

<sup>83</sup> Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgRg no Ag 640587/RJ. T1. Min. Luiz Fux, j. 03/05/2005. DJ: 30/05/2005, p. 228.

<sup>84</sup> Superior Tribunal de Justiça. STJ. Resp. 327727/SP. T4. Min. César Asfor Rocha. DJ: 08/03/2004, p. 166.

O modo de correção do desequilíbrio deve trazer a nulidade como última consequência, ou seja, quando a sua regularização for impossível ou se o contrato não tem mais utilidade.<sup>85</sup> Por isso, não concordamos com a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas estabelecidas no art. 51 do CDC e entendemos que deve ser sempre buscado o equilíbrio contratual, evitando que a nulidade da cláusula traga um novo desequilíbrio.

Diante da onerosidade excessiva, não somente o consumidor, mas o contratante que demonstrar o desequilíbrio contratual poderá buscar<sup>86</sup>: a) a modificação da cláusula contratual, a fim de que se preserve o equilíbrio do contrato (art. 6, V, CDC); b) a revisão do contrato em virtude de fatos supervenientes não previstos pelas partes quando da conclusão do negócios (art. 6º, V, segunda parte, CDC); c) a nulidade da cláusula por trazer desvantagem exagerada ao consumidor (art. 51, IV, e §1º, III, do CDC); e ainda d) a resolução do contrato quando sua conservação configurar ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, §1º, III, CDC). Como se vê neste último exemplo, o contrato pode ser resolvido também em benefício do fornecedor.

A busca do equilíbrio nas relações contratuais comutativas está acima da qualidade das partes.

## **XXII - O eclipse parcial do CC pelo CDC em matéria contratual**

O Código de Defesa do Consumidor nasceu e se desenvolveu contribuindo de certa forma para a evolução do direito comum dos contratos, porém, a dúvida é se o Código de Defesa do Consumidor está renovando ou então substituindo o Código Civil em matéria contratual.

---

<sup>85</sup> Carole Ouerdane – Aubert de Vincelles. *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris: Dalloz, 2002, p.463.

<sup>86</sup> Nelson Nery Júnior e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 591 e 592. O renomado autor, entende que somente o consumidor pode buscar.



Se formos analisar que toda renovação exige a manutenção da essência do objeto com certas modificações, vemos que a essência do Código Civil em matéria contratual não foi mantida e que o Código de Defesa do Consumidor acaba substituindo o Código Civil.

As novas regras propostas pelo Código de Defesa do Consumidor parecem ser incompatíveis com a sistemática do Código Civil em matéria contratual, o que acaba revelando que está última não consegue atingir os objetivos visados pelo Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, o Código Civil fala que as cláusulas estabelecidas entre os contratantes devem obrigatoriamente serem cumpridas e o contrato não produz efeitos perante terceiros. Já o Código de Defesa do Consumidor estabelece que as cláusulas contratuais devem obrigatoriamente serem cumpridas com a condição de não serem abusivas e o contrato não produz somente efeitos perante os contratantes, podendo também produzir efeitos perante terceiros, assim por exemplo, não somente a pessoa que comprou um determinado produto poderá pedir indenização pelos danos sofridos como também um terceiro equiparado ao adquirente consumidor.

Houve uma certa alteração das qualificações do Código Civil que deixam de ser aplicadas face às novas qualificações decorrentes do Código de Defesa do Consumidor. Assim, o conceito de vício oculto parece desaparecer frente ao conceito de adequação, pois, o vício oculto nada mais acaba sendo do que falta de adequação entre o produto adquirido ou o serviço prestado em desconformidade com o que foi contratado. O conceito de erro do Código Civil é substituído pelo conceito de informação, assim, o erro ao se adquirir um material que deveria ser de ouro e na realidade é de folhado a ouro, acaba se revelando ser a prestação de informação incorreta por parte do fornecedor na relação de consumo.

Parece ser difícil sustentar que o Código de Defesa do Consumidor serve como um instrumento de renovação do Direito Civil em

matéria contratual, pois a coerência de um é diferente da do outro. O Código de Defesa do Consumidor vem modificando o Código Civil em matéria contratual e com essa evolução vem obscurecendo sua aplicação diante das relações de consumo.

### **XXIII - É possível descumprir o contrato licitamente?**

O contrato vincula as partes para que produza efeitos jurídicos, ou seja, num primeiro momento o que é contratado deve ser cumprido. Mas, será que seria possível contratar e descumprir aquilo que foi contratado baseado na lei?

As inexecuções lícitas não são muito numerosas, porém, não são poucas, normalmente elas tem por finalidade proteger o devedor inadimplente.

O inadimplemento lícito está previsto na nova lei de recuperação de empresas e falências ao permitir que o empresário apresente um plano de recuperação judicial especial e parcele seu débito até 36 meses, ou seja, o que ficou estabelecido contratualmente anteriormente entre seus credores e o devedor perde efeito diante da abertura deste processo de recuperação. Neste caso a proteção do empresário ocorre para que a empresa seja mantida, os empregos sejam preservados e a fonte de arrecadação de impostos continue, esperando que o devedor em dificuldade passageira possa se recuperar.

Nas relações de consumo o descumprimento do compromisso de compra e venda de imóvel por parte do consumidor inadimplente de boa-fé, ou seja, aquele que não tem condições de continuar pagando a dívida contraída mediante prestações também é lícito, porém, ele será sancionado pelas perdas e danos, se houver. Ainda, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar da sua assinatura ou do ato de recebimento, do produto ou serviço, sempre que a contratação

de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento empresarial, como por exemplo, através da internet.

A força do contrato é obrigatória e vincula as partes contratantes até que não fique constatado em desequilíbrio significativo do contrato. Neste caso, a cláusula contratual também poderá ser descumprida, sem que o causador do descumprimento seja punido. Uma cláusula é considerada abusiva quando num compromisso de compra e venda de um veículo em 24 prestações de R\$ 1.000,00 estiver estabelecido que o comprador perderá todo o valor pago e ainda devolverá o veículo se não houver pago uma das parcelas, sendo está a última por exemplo. Uma pessoa de inteligência mediana percebe claramente que haverá um desequilíbrio no contrato, ou seja, a força obrigatória do contrato não produz efeitos diante do evidente desequilíbrio contratual.

A inexecução lícita do contrato, como tivemos a oportunidade de demonstrar, ocorre devido a uma proteção legal concedida a certos contratantes por uma questão de utilidade pública e também para manter o equilíbrio contratual.

#### **XXIV - A impossibilidade de se construir num terreno comprado em virtude da falta de autorização decorrente das regras de urbanismo**

Um adquirente de um terreno a ser utilizado para uma construção que descobre após sua compra que não se pode construir neste terreno em virtude das regras de urbanismo pode questionar a validade do contrato de compra e venda?

Esta possibilidade existe e três fundamentos podem ser utilizados para invalidar o contrato: o erro sobre a substância (I), a obrigação do vendedor entregar o bem de conformidade com o que foi contratado (II) e a ação de nulidade fundamentada na existência de um vício oculto (III).

### **A - Ação fundada no erro sobre a substância**

O êxito desta ação depende da interpretação que será dada a substância que constitui o objeto do contrato. Se esta for considerada como um elemento essencial do contrato, não resta dúvida que o contrato será invalidado.

A possibilidade em se construir sobre este terreno constitui-se no elemento essencial do contrato para o adquirente.

A autorização dada pela autoridade administrativa anexada ao terreno, a qual permite sua utilização para construção é apenas uma imaginação, ela não existe, por isso, não resta dúvida que o contrato é nulo.

### **B - A ação fundamentada na obrigação de entregar conforme o que foi contratado**

A coisa que deve ser entregue pelo devedor é aquela que foi contratada e quando ela for diferente, ainda que seja melhor, o comprador não está obrigado a aceitá-la e pode requerer a resolução do contrato de compra e venda.

O bem entregue deve ser aquele que foi convencionado entre as partes sob o ponto de vista objetivo e também se ele atende a destinação que se espera do mesmo. O julgador deve analisar não somente a identidade do objeto entregue, mas também suas qualidades. Neste ponto esta ação se aproxima daquela ajuizada quando existe um vício oculto.

### **C - A ação de nulidade contratual fundamentada na existência de um vício oculto**

O comprador tem a seu favor a garantia do que ele está comprando não está investida de um vício oculto porque se existir este

defeito que torna a coisa imprópria a sua destinação ele poderá exigir dentro do prazo legal a resolução do contrato e perdas e danos, se houver.

Conforme exposto, o comprador terá à sua disposição três fundamentos para requerer a invalidação do contrato de compra e venda de um terreno comprado quando este não for apto para ser utilizado na construção do bem esperado, cabendo-lhe a escolha de como estes fundamentos serão utilizados adequadamente dentro do prazo legal.

### **Conclusão da segunda parte**

A legislação não é suficiente para equilibrar os contratos em desequilíbrio manifesto, para que exista o equilíbrio nas prestações dos contratantes, a intervenção judicial será necessária.

A intervenção não pode ocorrer de forma arbitrária, para que isso não ocorra o juiz deverá recorrer as regras de provas e *standards*.

### **Conclusão geral**

O Código de Defesa do Consumidor acabou reforçando os direitos individuais dos cidadãos, contribuindo para acelerar e acentuar o processo de reforma nos ramos do direito civil, comercial e processual<sup>87</sup>, mas utilizou uma metodologia imprecisa e discriminatória<sup>88</sup> fundamentada na qualidade dos contratantes.

---

<sup>87</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n° 43, julho-setembro de 2002, p. 76.

<sup>88</sup> No mesmo sentido, Ronaldo Porto Macedo Júnior. A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, n° 37, jan.-março de 2001, p. 88 afirma que "O Código de Defesa do Consumidor caracteriza-se, de maneira muito expressa no seu art. 6º, como um código discriminatório, pois traz um tratamento diferenciado em favor do consumidor, assumindo isto com muita clareza ao estabelecer, por exemplo, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, isto é, o Código do Consumidor parte do princípio de que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo e que, portanto, esta legislação surge para reequilibrar direito e deveres.". Este posicionamento também é sustentado no direito alienígena quando Cyril Noblot. La qualité du contratant comme critère legal de protection. Paris: LGDJ, 2002, p. 232 afirma "l'illégitimité de la conception organique acutelle du contrat de consommation est flagrante: elle provient du fait qu'il est

O conceito de consumidor já não se encontra referido ao operador final do processo produtivo e é ampliado para generalidade dos cidadãos ante a necessidade de aumentar se nível de qualidade de vida<sup>89</sup>. Desta forma, devemos abandonar a qualidade do binômio fornecedor-consumidor para traçarmos uma nova metodologia reforçando o direito comum dos contratos<sup>90</sup>, fundamentada no equilíbrio contratual de direito e obrigações de todos os indivíduos<sup>91</sup> e ser aplicada pelo julgador com sustentação em *standards*.

### **Bibliografia:**

#### **I – Obras por autor:**

##### **A – Doutrina nacional**

Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

---

contraire au principe d'égalité de refuser à certaines catégories de contractants une protection "compensatoire", dont on sait qu'elle est fondée sur une égalité simple entre les biens et qu'elle ne fait, en principe, pas intervenir le critère de la qualité du contractant."

<sup>89</sup> Silney Alves Tadeu. O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 187.

<sup>90</sup> Silney Alves Tadeu. O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 186 muito bem destaca que a influência trazida pelo Código de Defesa do Consumidor está "em como contratar e como receber a correspondente informação, tão importante e pouco considerada. O fenômeno da massificação social e a legitimidade da utilização de contratos mediante condições gerais e cláusulas preconstituídas como objetivo de racionalização, redução de custos e facilitação de serviços em empresas modernas que abriram um capítulo novo na história do contrato sendo isto o que requer uma nova regulamentação".

<sup>91</sup> Assim Silney Alves Tadeu. O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 186, lembra que Francesco Galgano. "La democrazia dei consumatori." Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., nº 2, p. 215 e s., 1980 afirma que a perspectiva está mudando, ao considerar que a democracia dos consumidores havia se convertido na democracia dos cidadãos e o primeiro autor complementa "Deste modo, a idéia se expande de que todos nós somos consumidores, mas não enquanto realizamos atos concretos como tais, e sim porque temos uma faceta de nossa vida, qual seja, a de consumidor, a que interessam distintos aspectos da vida social como se expressa Berconvitz, por isso de fala de cidadão não consumidor, isto é, de cidadão como consumidor. De fato o que nasceu como proteção do consumidor, se esta convertendo em proteção do indivíduo particular e isto não é senão uma mera manifestação da evolução social do direito, já inclusive manifestada nos modernos códigos civil e nas modernas constituições, como por exemplo na brasileira".

Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1995.

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

José Geraldo de Brito Filomeno. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., 2004.

Nelson Nery Júnior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

## **B – Doutrina estrangeira**

Carole Ouerdane – Aubert de Vincelles. *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris: Dalloz, 2002, p. 463.

Cyril Noblot. *La qualité du contractant comme critère legal de protection: essai de méthodologie législative*. Paris: LGDJ, 2002.

Jean Calais-Aloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz.

Ph. Remy. *Droit des contrats: questions, positions, propositions*, " in ". *Le droit contemporain des contrats*. Paris: Economica, 1987.

## **II – Artigos por autor:**

### **A – Doutrina nacional**

Cristina Tereza Gaulia. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista do Consumidor, nº 40, outubro 2001.

Daniela Moura Ferreira. *Contrato de consumo*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003, p. 163.

Duciran Van Marsen Faren. *Notas sobre o consumo e o conceito de consumidor – Desenvolvimentos recentes*, "in" "Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União", nº 2. Brasília, jan.-mar/2002.

Edílson Pereira Nobre Júnior. *A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 27, julho-setembro de 1998.

José Carlos Maldonado Carvalho. *A inversão do ônus da prova e a inversão do encargo decorrente sob a ótica do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 46, abril-junho de 2003.

Ronaldo Porto Macedo Júnior. *A proteção dos usuários de serviços públicos: a perspectiva do direito do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 37, jan-março de 2001.

Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 43, julho-setembro de 2002.

Sérgio Cavalieri Filho. *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 35, julho-setembro, 2000, p. 102.

Silney Alves Tadeu. *O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária*. São Paulo: Revista do Consumidor, nº 47, julho-setembro de 2003.

## **B – Doutrina estrangeira**

C. Nourissat. *La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien?* D. 2000, chron., p. 369.



Delmas-Marty. *Pour un droit commun*. Seuil, 1994.

J. Calais-Alois. *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*. Paris: RTD, 1998.

J. P. Chazal. *Théorie de la cause et justice contractuelle: a propos de l'arrêt Chronopost (Cass. Com. 22 ct. 1996)*. JCP 1998, éd. G, I, 152.

P. H. Jestaz. Rapport de synthèse "in" Les standards dans les divers systèmes juridiques. RRJ droit prospectif, 1998-3.