

Os Princípios da Tutela ao Consumidor na Formação e Execução dos Contratos Sob a Lei nº 8.078/90

CRISTINA TERESA GAULIA

Juíza de Direito, Auxiliar na Presidência do TJ/RJ

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

O estudo dos contratos na esfera jurídica, e o de seus efeitos na realidade da vida dos contratantes e no campo social, tem sido um dos temas que mais fascinam os juristas e operadores do direito.

E isso ocorre, não só porque toda a vida moderna, como a conhecemos, é contratual, mas também porque as novas fórmulas relacionais engendradas pela sociedade mutável, em face da (r)evolução dos costumes sociais, traz dia após dia novos tipos pactuais que, mais e mais, regulam a convivência.

Uma das conseqüências do momento pelo qual passam as relações jurídico-sociais na atualidade é que a legislação migrou de um modelo meramente regulamentar e casuísta, que simplesmente enumerava as hipóteses contratuais das quais tratava, para um modelo muito mais fortalecedor do conteúdo ético dos contratos, modelo este que, em última análise, é atemporal, pois imprime na lei as conquistas do homem na sociedade através de sua caminhada histórica.

Além disso, a guinada legislativa em favor de comandos principiológicos resgata a possibilidade de interpretações solidaristas, de cuja falta tanto se ressentia a sociedade brasileira atual.

Esses novos paradigmas, diferentes do modelo legal clássico, respeitam a sociedade plural em que vivemos, o tratamento desigual dos desiguais para o atingimento da verdadeira isonomia, além de inundarem a legislação ordinária do espírito constitucionalista, que coloca a Constituição da República no lugar onde sempre deveria ter estado: o ápice da pirâmide normativa estatal.

E foi a Constituição Federal de 1988, fonte inspiradora da legislação infraconstitucional de cunho principiológico, que veio a modificar irreversivelmente a tradição legislativa brasileira.

Não poderia, aliás, ser de outra forma, uma vez que a Carta Magna, em verdade, espelha no campo legal as diversas transformações fácticas que ocorreram no Brasil, no âmbito político, econômico e social, nas décadas que a antecederam.

Essa nova realidade, profundamente marcada pela desigualdade entre os cidadãos brasileiros, exigia o aperfeiçoamento de mecanismos jurídico-políticos, que operacionalizassem um intervencionismo estatal nas relações privadas de molde a efetivar, mesmo que paulatinamente, a diminuição do profundo abismo existente entre as classes sociais brasileiras.

É neste contexto que surge a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em obediência ao comando do artigo 5º inciso XXXII da Constituição Federal, que torna a defesa do Consumidor direito e garantia fundamental. Tal garantia é reforçada emblematicamente a seguir, no Título VII da Constituição que trata “Da Ordem Econômica e Financeira”, estabelecendo-se como *princípio* de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o fito de assegurar a todos os brasileiros uma existência digna dentro da busca constante sinalizada pelo norteador maior do Estado Democrático de Direito, significado da justiça social presente no inciso V do artigo 170, a “*defesa do consumidor.*”

Não se olvide ainda, que o Código de Defesa do Consumidor veio a lume obedecendo comando constitucional específico, que o constituinte inseriu no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a saber: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*”

E, malgrado a Lei nº 8.078/90 só tivesse estreado no cenário nacional mais de dois anos após o prazo inicialmente previsto no ADCT, o fato é que a lei consumerista inicia sua vigência traçando uma trajetória de mudanças de base na operacionalização do direito contratual no Brasil.

A respeito citem-se as considerações do Juiz Werson Rêgo:

“Os contratos, diante dessa “força maior social”, devem se ajustar à nova realidade, repartindo-se adequadamente os riscos, impedindo-se que uma das partes se locuplete às custas da vulnerabilidade da outra. Ao Estado, portanto, compete zelar

pela manutenção do equilíbrio das relações sociais, autorizando-se a sua intervenção em um negócio jurídico, para, sanando a deficiência ou irregularidade ali verificada, restaurar a harmonia rompida, mantendo-se a paz social.”¹

CAPÍTULO II – CONTRATOS – EVOLUÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE

A Professora Cláudia Lima Marques inicia sua obra sobre os contratos à luz da Lei nº 8.078/90, de modo a não deixar dúvidas sobre a origem e o valor deste instrumento de regulação das relações sociais.

Diz a renomada consumerista:

“A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade de social.”²

Em verdade, os paradigmas norteadores do contrato, e é esse o tema do presente trabalho, atravessaram as diferentes fases históricas assentando-se em critérios principiológicos diferentes, e até divergentes, porque tal ou qual era a exigência socioeconômica vigorante.

As oscilações substanciais, sublinhe-se, foram inicialmente de forma e conteúdo meritório, mas, pouco a pouco se fixaram também em *topoi* principiológicos que visavam a estabelecer caminhos interpretativos para as hipóteses de surgimento de conflitos entre os contratantes.

É no tocante a esses dogmas hermenêuticos que o Código de Defesa do Consumidor produz um evolução sistemática substancial, transformando os contratos em “relacionais”, e redefinindo seus conteúdos para ajustá-los à realização dos legítimos interesses não mais somente de uma das partes, mas sim de ambos os contratantes.

Muito embora a história do contrato, consoante ensinamento dos especialistas, nasça com o direito romano, não é neste que se encontra a gênese da idéia da autonomia da vontade, como hoje a abordamos e conceituamos.

¹ RÊGO, Werson. **“O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova Concepção Contratual e os Negócios Jurídicos Imobiliários: Aspectos Doutrinários e Jurisprudência”**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

² MARQUES, Cláudia Lima. **“Contratos no Código de Defesa do Consumidor”**. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35.

Os romanos não estruturaram os contratos sobre uma base fundamentalmente volitiva: o contrato passa a ser um acordo obrigatório, a respeito de uma questão de interesse comum, após devidamente formalizado.

Os romanistas nos apresentam as figuras de três contratos em que sobrelevam as formas: os literais (*litteris*), em que era obrigatória a forma escrita; os verbais (*verbis*), que se confeccionavam com a troca de palavras rituais, e, os reais (*re*), que se perfaziam com a entrega (tradição) do bem sobre o qual versava o contrato.

Ensina a Professora Alinne Arquette Leite Novais:

*“Tais contratos eram munidos de ação, o que os diferenciava de outros acordos, não admitidos como contratuais, chamados de **pacta**. Posteriormente, quatro pactos muito utilizados (venda, locação, mandato e sociedade) foram munidos de **actio**, e portanto, elevados à categoria de contratos, fazendo surgir os contratos consensuais, dando início à construção do princípio do consensualismo, que hoje norteia o direito contratual. Depois disso, a diferença entre contrato e pacto foi abolida, já que todas as convenções passaram a ser acompanhadas de ações.”*³

Observe-se assim que, como a sociedade romana era formada por iguais, uma vez que só eram cidadãos romanos, capazes portanto de contratar, os nascidos de cidadãos romanos em terras do império (as mulheres, os estrangeiros e os escravos não podiam contratar), era mais que natural que a característica primordial do contrato em seu nascedouro, repousasse na *forma* e na *tipologia* (objeto), uma vez que os cidadãos romanos respeitavam-se uns aos outros, enquanto homens livres e iguais, sendo o contrato produto de suas necessidades externadas e formalizadas.

Não havia questionamento a respeito da vontade (a teoria dos vícios do consentimento surge muito depois), o contrato era fórmula de “troca de prestações, um receber e prestar recíproco”⁴, constituindo-se, uma vez preenchidos os requisitos de forma, em uma espécie de lei privada que se impunha às partes.

Já o direito canônico traz um novo enfoque da vontade como pressuposto básico ensejador do vínculo obrigacional que se estabelece a partir do contrato.

³ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. “A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

⁴ MARQUES, *idem*, *ibidem*, nota de rodapé nº 9, p. 36.

Afastando a importância que os romanos depositavam nas solenidades e rituais, os canonistas, fizeram incidir sobre a palavra empenhada, como exteriorização da vontade moral, a força obrigatória dos contratos.

Destarte, o contrato passa a impor deveres aos contratantes, não porque pactuado ritualisticamente, mas porque fruto da vontade manifestada à outra pessoa.

A palavra dada era tida como sagrada, e o seu descumprimento, pecaminoso.

Segundo os ensinamentos de Judith Martins-Costa:

*“Ora, a Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, porque **a mentira é pecado**, catalogado pelos teólogos ao lado dos “pecados da língua”... .*

Se considerado que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, se faz jurídica: pode-se pois, admitir que o simples acordo obriga, que todo formalismo é supérfluo.”⁵

Porém, é oportuno pontuar que, é também no direito canônico que surge o contraponto da teoria da autonomia da vontade: a cláusula **rebus sic stantibus**, uma vez que a promessa empenhada era obrigatória, quando a situação fática dos contraentes permanecia a mesma ao longo do período de duração do contrato.

Mas é efetivamente a partir das grandes codificações civis e na ciência jurídica do século XIX que vamos encontrar a sedimentação efetiva do princípio dogmático da autonomia da vontade.

Esclarece o jurista italiano Enzo Roppo:

“A concepção de contrato que convencionalmente sintetizamos como “ideologia da liberdade contratual”, documentando a sua adequação aos interesses e às exigências da sociedade burguesa, alimenta o pensamento jurídico novecentista e informa as grandes codificações daquele século: em primeiro lugar, a francesa (o code civil de 1804), sobre cujo modelo será, em larguíssima medida, decalcado o código civil italiano post-unitário (1865); e depois a alemã que ocorreu em 1896 com o Bürgerliches Gesetzbuch

⁵ MARTINS-COSTA, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 14, p. 129/30.

*(BGB), entrando em vigor no 1º de Janeiro de 1900 e ainda vigente (assim como ainda vigora em França o código napoleônico). Mas naturalmente aquela concepção ideológica colora-se, em cada um dos países considerados, de peculiaridades cambiantes nacionais, assume formas específicas, traduz-se em expressões conexas com as particularidades do contexto histórico, econômico, social e cultural em que actua. Descrever os modos como a ideologia da liberdade de contratar se exprime na codificação francesa e na codificação alemã significa delinear os dois grandes sistemas que (juntamente com o da **common-law** anglo-americano, não traduzido num texto codificado) adoptaram historicamente, aquela ideologia, no quadro da evolução jurídica do ocidente capitalista, tornando-se como que modelos para grande parte dos outros sistemas nacionais”.*⁶

É preciso, entretanto, que se pondere que a “Willenstheorie” (teoria da vontade do direito alemão) tem sua origem nos estudos e ensinamentos de Kant que, justamente em momento histórico anterior, recolocava o ser humano no centro das preocupações filosóficas.

Kant trabalha com a idéia da “vontade boa em si mesma”, acoplando à razão humana um padrão de eticidade inata que faria dos homens seres aptos a praticar ações volitivas sempre predispostas ao bem.

A liberdade seria, portanto, passível de ser plenamente exercitada, pois que os elos morais internos da vontade humana (limites éticos) serviriam para limitá-la quando necessário.

E é exatamente essa vontade interior do homem, livre de vícios, que muito embora não sendo sagrada, como pretendia o direito canônico, se revela a fonte do contrato, base de sustentação do comprometimento dos contratantes ao realizarem seus negócios.

Assim sendo, a vontade ética, própria dos homens livres, conduziria a contratações entre iguais que, em consequência, seriam obrigatórias para aqueles que assim se comprometeram. O contrato seria uma espécie de lei recíproca que as próprias partes se outorgam uma à outra, e porque a vontade se transforma em lei, mesmo que privada, é de ser necessariamente cumprida.

A mesma influência se percebe no direito francês, sendo que o dogma filosófico da autonomia da vontade se fortalece em França como corolário da Revolução Francesa, que, ao abater os privilégios

⁶ ROPPO, Enzo. “O Contrato”, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 40/41.

nobiliárquico-clericais, fortalecendo no espírito da burguesia a idéia de igualdade entre todos os homens, se une às teorias econômicas nascentes que demandavam a circulação de riquezas, para que se desenvolva esse novo modelo de sociedade.

Esse voluntarismo surge pois em decorrência das “teorias econômicas do século XVIII”, e em resposta ao corporativismo e às limitações impostas pela igreja católica, que propõe a liberdade como panacéia universal.⁷

É este o modelo que o Estado Moderno incorpora.

Regido pelo liberalismo econômico – política econômica do não intervencionismo do Estado nas relações econômicas (“*laissez-faire, laissez-passer*”), o Estado Liberal moderno delega aos contratantes o poder de regularem entre si, sem interferência da autoridade, suas relações individuais, as quais em realidade, são as relações do todo social.

O modelo liberal torna-se, assim, a teoria jurídica tradicional do contrato que é incorporada pelas legislações civis do século XIX a que nos referimos acima.

À guisa de exemplificação, citamos o artigo 1134 do Código Civil francês que dispõe:

“as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às parte que a fizeram.”

Esta a concepção clássica do contrato, repetida pelos manuais de Direito Civil no Brasil e no exterior, e que o Professor, e renomado civilista, Caio Mário da Silva Pereira tão percuientemente esclarece nas Instituições:

“A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar. No plano puramente civilístico, esta se exerce e concretiza nos quatros momentos fundamentais da existência dos ajustes: A – Em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual. ... B – Em segundo lugar, a liberdade de contratar implica a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo de negócio a efetuar ... C – Em terceiro lugar, a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do

⁷ MARQUES, *idem, ibidem*, nota de rodapé n° 9, p. 43.

contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes ... D- Finalmente, uma vez concluído o contrato, passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho coator do Estado para fazê-lo respeitar tal como está, e assegurar a sua execução segundo a vontade que presidiu a sua constituição. Em suas linhas gerais, o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos.”⁸

As grandes codificações do século XIX, que solidificaram as relações civis do século XX, sedimentaram através de seus ditames o culto ao indivíduo, ao subjetivismo, com lastro na liberdade e igualdade formais de todos perante a lei, e mantiveram o Estado qual “vigia da noite”, consciente apenas de que deveria “guardar” os contratos, mas desconhecendo por completo seus conteúdos ou os efeitos de seu cumprimento ou descumprimento, no coração da sociedade civil.

Como ensina Boaventura de Souza Santos:

*“À medida que o direito se foi tornando estatal, foi-se tornando também científico. Na Europa, foi a **Pandektenwissenschaft** alemã que desenvolveu, como já dissemos, a mais notável cientificação do direito moderno, no domínio do direito privado. O caráter científico do formalismo jurídico do Código Civil alemão de 1900 é o seu exemplo mais acabado. Mas as Pandectas foram apenas uma manifestação extrema de um processo muito mais vasto de cientificação do direito moderno tendente a transformar o direito num instrumento eficaz de engenharia social oficial. À medida que o direito foi politizado, enquanto direito estatal, foi também cientificado, contribuindo assim, pela sua reconstrução científica do Estado, para despolitizar o próprio Estado: a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica.*

A hiperpolitização do direito foi, assim, um requisito necessário para a despolitização do Estado. Dentro do Estado, o direito tornou-se autônomo, como parte do mesmo processo histórico

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. III, p. 9-10.

que, no sistema capitalista, colocou o Estado fora das relações sociais de produção. Por exemplo, a divisão entre direito público e direito privado estabelece uma distinção real entre o direito que vincula o cidadão ao Estado e o direito que está à disposição dos cidadãos e que eles utilizam nas relações entre si. Esta distinção real resulta da ilusão de que o direito privado não é um direito estatal.”⁹

Desse modo, os princípios do direito civil que regeram os contratos do Estado Liberal, a liberdade de contratar e a autonomia da vontade, dos quais decorriam a força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*) e o total abstencionismo do Estado, levaram os cidadãos a entrar na sociedade de massa, que se constituiu a partir da segunda metade do século XX, totalmente desprotegidos, e inabilitados a exercerem a cidadania solidarista que a sociedade civil pós-moderna necessita.

Tal qual o Estado ausente, que não interferia, e tampouco alertava, cuidava e protegia, privilegiando tão só uma suposta igualdade de todos que na realidade não se concretizava, pois a desigualdade abandonada pelo Estado grassava cada vez mais profunda, também a cidadania brasileira tornou-se ausente, distante e não interferente em relação aos interesses sociais comuns.

Os dogmas do Estado Liberal, portanto, não conduziram os brasileiros à emancipação esperada, deixando-os entregues à própria sorte (sorte?) de sua liberdade.

CAPÍTULO III - NOVOS PARADIGMAS MODELADORES DO CONTRATO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A transição democrática pela qual o País passou, a partir da década de 80, impôs novos norteadores organizacionais para a sociedade civil.

Esta, ao invés de continuar a ser regida exclusivamente pelo Código Civil, que se encontrava no ápice da pirâmide legislativa a seus princípios interpretativos submetendo-se, supostamente, toda a sociedade nas suas relações, e mesmo a legislação especial, passou a ser regulada por um novo texto constitucional, que com sua principiologia vinculou o legislador ordinário, submetendo toda a legislação infraconstitucional, vigente ou a viger, aos valores projetados pelo texto maior.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente - Contra o Desperdício da Experiência**. 3ª ed., São Paulo, Cortez Editora, v. 1, p. 143.

O princípio da supremacia constitucional passou assim a vincular, não só todo o ordenamento jurídico nacional, como também, por igual, todos os que se dispõem a operacionalizar o direito.

Esta nova orientação normativa veio a se somar ao movimento, que já se desenvolvia no mundo, de implementação de uma nova dogmática contratual mais apta à proteção de valores sociais, necessários ao expurgo da desigualdade e da exploração dos mais fracos, através de instrumentos ratificados pelo Estado.

Os ventos inafastáveis da mudança social chegam assim ao campo jurídico, e impelem os juristas a se adaptarem ao novo modo de concretizar a Justiça: o direito antes centrado na letra da lei, se transforma sob a ótica principiológica, requerendo uma análise mais humanista tanto dos textos desta, como dos próprios contratos.

E, muito embora os mais afoitos apregoem o desaparecimento dos dogmas da teoria contratual clássica, estes não desaparecem na sociedade pós-moderna de que se está aqui a falar, sendo tão-só temperados por uma principiologia garantista, que se aprimora com o que a Procuradora do Estado de Minas Gerais Carmem Lúcia Antunes Rocha denomina de “ação afirmativa” do Estado para a superação das desigualdades.

CAPÍTULO IV – A PRINCIPIOLOGIA NORMATIVA DE LEI Nº 8.078/90

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, filho dileto da Constituição Federal de 1988, inaugura uma fase de revalorização ética do contrato, na qual os princípios clássicos sofrem uma adaptação aos novos paradigmas principiológicos.

Tais paradigmas criam um verdadeiro campo de força protetor das relações contratuais de consumo, que se estende desde a fase pré-contratual, em que o fornecedor está oferecendo indiscriminadamente ou apenas publicizando seus produtos e serviços, até a fase pós-contratual, em que, muito embora já cumprido o objeto primevo do contrato propriamente dito, ainda assim subsistem obrigações relativas aos efeitos do pacto.

“*Assistimos então*”, a partir do CDC, “*ao fim do dogma da autonomia da vontade, no que respeita à proteção contratual*”, nos ensina a Procuradora de Justiça Heloísa Carpena, acrescentando ainda que “*a função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, transfor-*

*ma-o ... em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses dos consumidores.”*¹⁰

Sob essa nova luz é, portanto, de suma importância visualizarmos que o consumo de produtos e serviços, na sociedade pós-moderna de massa em que vivemos, acaba com a personalização das relações, e o reflexo dessa massificação, agora já globalizada, é que com muita facilidade se perde o sentido maior inerente a essas mesmas relações.

Desse modo, se no passado o contrato era simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas no mercado, dando-se ênfase ao seu caráter individualista, hoje, na sociedade global, massificada, multicolorida, plural e anônima, o contrato passou a ter uma outra conotação: tornou-se ferramenta de asseguramento, inclusive de direitos de cidadania.

O que se quer dizer é que, há algum tempo, um contrato relativo, por exemplo, à prestação do serviço de telefonia, era considerado um mero acordo de vontades, em que aquele contratante que podia pagar certo valor, frequentemente alto (os telefones em determinadas regiões do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, chegavam a custar a exorbitância de R\$ 9.000,00), voluntariava-se por sua conta e risco, junto a intermediários de telefonia no mercado, e assim obtinha um bem. Circulava assim a “riqueza” através do contrato, vez que o dinheiro saía do bolso do adquirente para o do “vendedor”, e este lhe transferia o telefone que se incorporava ao patrimônio daquele.

Todavia, reconheceu-se que, em verdade, a telefonia é mais do que a simples transferência de bens patrimoniais entre indivíduos, o telefone não é equiparável a uma jóia ou a um automóvel último tipo. Chegou-se à conclusão de que a telefonia é serviço essencial, sem o qual o cidadão fica alijado do processo de interação com o próximo, com o grupo, com o mundo.

Ou seja, no mundo globalizado e informatizado em que se vive, configura-se uma *capitis deminutio* a oferta privada, ou setorizada, de telefones. Aqueles que não dispõem de telefone são, por conseguinte, “menos cidadãos” que aqueles outros para quem o serviço foi disponibilizado.

A telefonia torna-se assim fórmula de inclusão ou exclusão de cidadãos, já que a comunicação unida à informação, é fonte de obtenção de poder.

Neste diapasão, fácil é concluir-se que os direitos do consumidor são em verdade direitos de garantia de cidadania, porque do mesmo modo como

¹⁰ CARPENA, Heloísa. “Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor”, in: **Revista de Direito do Consumidor** n° 28: Revista dos Tribunais, out/dez-1998, p. 61.s

aqui descrevemos a necessidade do acesso de todos à telefonia, poderíamos ter trabalhado com outros produtos e serviços que por igual nos levariam à mesma conclusão.

O consumidor (cidadão) passou assim a ter necessidade de uma legislação que lhe garantisse proteção efetiva para que pudesse ser livre e igual neste tipo de contratação.

Daí a importância dos parâmetros protetivos da Lei nº 8.078/90: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a boa-fé objetiva, o princípio da transparência máxima, o reconhecimento do instituto da lesão e o dirigismo contratual.

4.1 – O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O princípio norteador fundamental de toda a legislação protetiva do consumidor é o princípio da vulnerabilidade que aparece no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.078/90:

“A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; ..” (grifamos).

A vulnerabilidade do consumidor é, por conseguinte, o ponto nodal do qual deve partir o intérprete para apreciar a situação contratual entre consumidor e fornecedor. É a base de sustentação da lei, sua nascente e estímulo de compreensão. A vulnerabilidade é o princípio reitor da legislação consumerista, substrato que reforça todos os demais princípios e dispositivos legais.

A lei vem, portanto, para proteger a parte mais frágil, sublinhando a desigualdade entre o consumidor e os fornecedores e estabelecendo a necessidade de uma ação afirmativa e garantista por parte do operador do direito: sempre que se estiver diante de uma situação de conflito envolvendo consumidores e fornecedores, deve o aplicador do direito lembrar-se de que a Lei nº 8.078/90 veio para proteger o consumidor em face de sua vulnerabilidade.

Como ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos.”¹¹

O princípio, ora em análise, pretende concretizar a prática da igualdade, reequilibrando a disparidade de forças existente entre o consumidor e o fornecedor, e assim instrumentalizando e fortalecendo o primeiro em sua relação com o segundo no mercado de consumo.

A fórmula como tal parâmetro se concretiza na realidade dos contratos pode ser demonstrada pelos seguintes Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: 1) TJ/RJ, 18ª C.C., Apelação Cível nº 1998.001.12859, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. em 09.12.98; 2) TJ/RJ, 15ª C.C., Apelação Cível nº 2001.001.019059, Rel. JDs. Antônio Saldanha Palheiro, v.u., 31.10.2001.

Em ambas as hipóteses se pode ter a percepção clara de como o novo paradigma fortalece o princípio da igualdade, na acepção aristotélica do tratamento desigual dos desiguais.

Conforme ensinamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar,

*“A nova lei significa abrupta passagem do sistema obrigacional implantado pelo Código Civil ... para um sistema que parte do pressuposto da desigualdade e considera que o mais fraco tem menor liberdade ...”*¹²

Nesse compasso, como meio de dar efetividade à norma cogente do inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.078/90, que ressalta o caráter de ordem pública e interesse social, é esperado do intérprete, mormente quando se trata de operacionalizar a lei, que diante de relação de consumo, o primeiro olhar deve ser, de plano, no sentido da posição vulnerável em que se encontra o consumidor ante o fornecedor, o qual sempre teve em suas mãos o total controle do mercado.

Cabe ressaltar que há certa confusão terminológica entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência, dois conceitos de diverso alcance no âmbito legal.

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **CDC Comentado**. 3ª ed., São Paulo, Editora Forense Universitária, 1993, p. 224-5, *apud* MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor – O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade, nas demais Práticas Comerciais**, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 105).

¹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Aspectos do Código de Defesa do Consumidor”, *in* **Revista Ajuris**, nº 52, p. 186.

A vulnerabilidade é presumida de forma absoluta pela lei, e se estende a todo aquele que couber nas definições legais de consumidor. A proteção à vulnerabilidade do consumidor é o toque diferencial desta lei, sua razão existencial.

Já a hipossuficiência, aparece não como princípio norteador de toda a lei, mas como característica particular a ser identificada para finalidade de cunho processual, podendo ser considerada sob diversos ângulos (técnico, jurídico, fático).

De modo que, e malgrado entendimentos contrários de diversos juristas, a vulnerabilidade é uma e sempre presente, a hipossuficiência é que comporta especificidades, podendo, no caso concreto, ser afastada.

4.2 – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva, como o estudaremos abaixo, nos é legado pela fórmula do § 242 do BGB, o Código Civil Alemão.

Tal parâmetro é percuientemente analisado pela Professora Judith Martins-Costa, de cuja obra se transcreve o significativo texto abaixo:

*“Ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um “princípio geral”, ou como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico.”*¹³

¹³ MARTINS-COSTA, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 13, p. 412.

Tais ensinamentos são complementados pelas lições da Professora Cláudia Lima Marques, que identifica uma dupla função do princípio como novo paradigma da teoria dos contratos: *a boa-fé objetiva é fonte dos chamados deveres anexos*, regras comportamentais incidentes durante o vínculo contratual, *e se impõe como limite ao exercício dos direitos subjetivos*.¹⁴

Bons exemplos são encontrados nos seguintes Julgados do Tribunal de Justiça e das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro: 1) TJ/RJ, 1ª C.C., Apelação Cível nº 1997.001.02261, Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião, v.u., 26.08.1997; 2) TJ/RJ, 9ª C.C., Apelação Cível nº 2000.001.00141, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, v.u., 14.03.2000; 3) I Turma Recursal/RJ, Recurso inominado nº 2001.700.000094-8, Rel. Juiz Augusto Alves Moreira Junior, v.u., j. em 15/02/2001; 4) I Turma Recursal/RJ, Recurso Inominado nº 2001.700.001094-2, Rel. Juíza Gilda Maria Carrapatoso C. de Oliveira, v.u., j. em 15/03/2001.

É, portanto, diante do caso concreto, que os paradigmas de lealdade, cooperação e respeito pelas legítimas expectativas do parceiro contratual, se consubstanciam integrando comportamentos de boa-fé.

4.3 – O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA MÁXIMA

Um dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva é sem dúvida a obrigação de portar-se o fornecedor na relação de consumo com “transparência máxima”.

Tal dever, que como se viu acima, aparece explicitamente mencionado no *caput* do artigo 4º do CDC, gera como corolário os direitos básicos do consumidor inseridos nos incisos II e III do artigo 6º do Código, a saber:

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

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

Transparência, na forma da definição vernacular, significa diafanidade, evidência, clareza.

¹⁴ MARQUES, *idem*, *ibidem*, nota de rodapé nº 9, p. 106.

Em função deste princípio maximiza-se a obrigação do fornecedor de esclarecer, clarear, informar detalhada e cuidadosamente, traduzir tecnicismos obscuros aos leigos, sublinhar e ressaltar cláusulas obscuras, dúbias e ambíguas, e aquelas em desfavor do consumidor, usar linguagem acessível ao homem médio local na redação dos contratos, não se utilizar de fórmulas genéricas e geradoras de interpretações variadas, não usar estrangeirismos e formulações restritivas a grupos de elite, e enfim, “oportunizar” ao consumidor o acesso a contratos, regulamentos, portarias, anexos e adendos, bem como a todos os documentos e informações que estejam direta ou indiretamente ligados à relação de consumo, e que possam, de qualquer forma, afetar o consumidor.

A própria Lei nº 8.078/90, em diversos de seus dispositivos, revela a importância deste norteador assecuratório. Assim, mencionem-se, v.g., os artigos 30, 31, 33, 36, 37, 40, 43, 46 e 54, § 3º.

Verifica-se, outrossim, a necessidade de maior transparência, por exemplo, nas fórmulas de cobrança utilizadas pelos fornecedores.

Veja-se a respeito a seguinte matéria jornalística :

“MP: Telemar suprimiu informações da conta. O promotor Rodrigo Terra, do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor do Ministério Público, abriu dois inquéritos contra a Telemar para que a empresa volte a publicar informações que foram suprimidas das contas telefônicas. Segundo Terra, até o fim de 2001 as contas vinham com o número de pulsos registrado na empresa. Assim, o consumidor podia saber a diferença dos pulsos entre um mês e outro. No outro inquérito, o promotor pede que volte a constar na conta o número sobre o qual foi eventualmente pedida alguma informação no serviço 102. Terra diz que o usuário Geraldo Pereira denunciou ao MP que, até dezembro de 2000, a leitura do contador ficava registrada na conta:”O consumidor diminuía a leitura do contador de um mês para o outro e tinha como reclamar, caso verificasse que a cobrança de pulsos fora indevida. Sem essa informação, fica difícil comprovar ...”. Rodrigo Terra observa que, pelo Código de Defesa do Consumidor, é direito básico do usuário ter informação adequada e clara sobre produtos e serviços:”O certo é cada pessoa ter um contador de pulsos, como de luz e de gás. A empresa diz que isso é impossível porque a rede não é toda

digitalizada. Então, a empresa tem que dizer o que tem registrado.”. A Anatel prevê clareza na conta. O artigo 54 da resolução 85 diz que o documento de cobrança deve corresponder a 30 dias de prestação de serviço e deve discriminar de maneira detalhada, clara e explicativa, todo e qualquer registro relacionado à prestação de serviço.”¹⁵

Demonstrando ainda como os princípios do Código de Defesa do Consumidor podem significar mudança efetiva das relações socioeconômicas, trazemos matéria jornalística sobre recentíssima Decisão do STJ envolvendo a ainda controversa questão dos juros e encargos cobrados pelas administradoras de cartões de crédito.

Diz a reportagem:

“STJ Obriga Operadora de Cartão a Detalhar Contas – A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu no dia 21 de maio que as administradoras de cartão de crédito têm a obrigação de prestar informações detalhadas sobre o seu relacionamento com outras instituições financeiras para alongar dívidas de clientes. Na prática a decisão poderá servir de base para que se reduzam as taxas de juros aplicadas pelas empresas aos clientes, pois como atuam de forma semelhante a uma procuradora do cliente, não poderão cobrar juros acima das taxas que captam no mercado financeiro para prolongar os débitos. A decisão do STJ analisou o recurso de um cliente contra a BB Administradora de Cartões de Crédito. A ação de prestação de contas foi extinta pela primeira instância por carência de ação, mesma forma como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou o recurso. Com a decisão do STJ, a ação volta a correr na 1ª instância gaúcha. Na prática, a decisão serve de jurisprudência para novos pedidos de prestação de contas, que podem detectar a forma como as administradoras de cartões de crédito cobram os juros de seus clientes que optam por refinarciar parte de suas compras. A cobrança de taxas de juros superiores às pagas às instituições financeiras é proibida.”¹⁶

¹⁵ VALOR ECONÔMICO, *Caderno Legislação e Tributos*, Rio, junho/2002.

¹⁶ VALOR ECONÔMICO, *Caderno Legislação e Tributos*, Rio, 27 de maio de 2002.

Na sociedade civil inclusiva que a Constituição Federal propugna, não há mais lugar para a ignorância dos concidadãos, uma vez que a falta de informações ou a utilização de informações falsas ou imprecisas, acarreta permissividade, uma espécie de “licença para mentir”, o que não se coaduna com os padrões de dignidade de vida que o Estado Democrático de Direito se propõe a assegurar.

Surgem ainda, pontue-se em conclusão, como deveres conseqüentes do dever de informar, os de aconselhar e cooperar com o contratante vulnerável, de modo a prevenir e evitar malversações posteriores de suas legítimas expectativas, bem como o dever de educar para o consumo consciente.

4.4 – O PRINCÍPIO DA LESÃO

Analizando a lesão, já ensinava o Professor Caio Mário da Silva Pereira em 1959:

“Ora, em última análise, o problema da lesão vai confinar com aquele outro muito mais grave - o da justiça - e de tal forma se entrelaçam que equacionar o primeiro é deduzir a fórmula do segundo. Conseguir que o contrato, sem deixar de ser a expressão da vontade das partes, estabeleça o equilíbrio seria deontologicamente muito simples. Bastaria fazer abstração dos apetites e paixões dos homens. Mas o jurista não pode perder de vista que a ambição é um dos móveis da conduta humana, e que a liberdade de ação dos indivíduos na sociedade está condicionada a fatores determinantes e modificativos de sua atuação. Quando duas pessoas ajustam um negócio, pode acontecer que ambas sejam iguais civil e economicamente, por isso mesmo capazes de suas vontades, e então a avença que cheguem a concluir participa da natureza livre dos contratante: mas pode também ocorrer que elas se achem em desigualdade manifesta, de tal forma que uma está em posição de inferioridade em relação à outra, ensanchando a esta aproveitar-se da desigualdade para tirar proveito exagerado de sua condição, e sacrificar-lhe o patrimônio. Analisando este ajuste, não à luz dos princípios comuns de direito positivo, mas sob o foco ideal daquele anseio de justiça, ou, mais precisamente da regra de conduta moral que

deve nortear as ações humana, chega-se à conclusão de que o negócio pode ser juridicamente perfeito, mas será moralmente repugnante. Deve o direito fechar então os olhos a este aspecto da vida, ou ao revés, cumpre-lhe interferir para disciplinar o proveito das partes contratantes? Aí temos a questão da justiça no contrato, ou seja, o problema da lesão”¹⁷

O instituto da lesão se concretiza no corpo da lei consumerista, no inciso V do artigo 6º, que enuncia ser direito básico do consumidor:

“a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”

Complementada tal disposição pelo inciso IV do artigo 54 da mesma lei que considera nulas de pleno direito as cláusulas que:

“coloquem o consumidor em desvantagem exagerada”

Também a Lei n.º 10.406 de 10.01.2002, o Novo Código Civil, se refere à lesão no artigo 159, *verbis*:

“Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

A lesão é assim contraponto ao dogma *pacta sunt servanda*: ou seja, não houve no direito do consumidor o desaparecimento da força obrigatória dos contratos, entretanto, foi o mesmo mitigado pela legislação consumerista (e por igual pela nova lei civil).

Doravante, portanto, os contratos somente obrigam os contraentes, se a situação, pessoal e econômica destes, permanecer inalterada ao longo da relação contratual ou no momento do cumprimento das obrigações deles decorrentes.

Revitaliza-se e incorpora-se, definitivamente, ao direito contratual brasileiro, a cláusula *rebus sic stantibus*, que teria historicamente dois requisitos: a desproporcionalidade de vantagens para os contratantes e o chamado dolo de aproveitamento.¹⁸

Visa-se aqui a preservar a comutatividade dos contratos, a equivalência das prestações, a fim de evitar o enriquecimento de uma das partes, e a conseqüente ruína da outra.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: 1999, Introdução.

¹⁸ PEREIRA, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 50, p. 195.

A utilização desta medida de reequilíbrio dos contratos pode ser visualizada com clareza no Acórdão abaixo, em que se pretende estabelecer um limite para a exploração feneratícia realizada por determinada administradora de cartões de crédito:

“Direito do consumidor. Contrato de emissão e utilização de cartão de crédito. Lei nº 8.078/90. Incidência. Cláusulas abusivas. Nulidade. Exegese do art. 51, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Juros extorsivos. Anatocismo. Lesão enorme. Vedação. Cobranças abusivas. Indenização. Danos material e moral. Razoabilidade. Juros de mercado. Inocorrência. Limitação a 12% ao ano. Procedência. Recurso não provido.” (Embargos Infringentes nº 2001.005.00522, 4ª CC, TJ/RJ, Rel. JDs. Werson Rêgo, v.u., j. 27.11.2001).

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, adota postura de repressão expressa à lesão, cabendo, ao Juiz, inclusive de ofício, posto ser a Lei nº 8.078/90 de “ordem pública”, declarar a nulidade das cláusulas lesionárias, dando concretude à sanção estabelecida no caput do art. 51 da lei, que se refere expressamente à nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas.

4.5 – O DIRIGISMO CONTRATUAL

Conseqüência direta dos novos paradigmas do direito contratual, no âmbito consumerista, é a intervenção estatal nos pactos de modo a impedir os desequilíbrios e abusos que os parâmetros anteriores impunham, procedendo o Estado, por vezes, a um realinhamento do pacto, com a revisão judicial das estipulações ou a prevenção coativa *ad futurum*.

É que de nada adiantaria a inserção na lei de princípios protetivos dos interesses dos mais vulneráveis, se em dada situação concreta se mantivesse o Estado como “vigia da noite”.

O modo como a lei foi redigida demonstra a busca da eficácia que com ela se pretendeu atingir no campo da realidade.

A intervenção do Estado-Juiz se faz presente, por conseguinte, especialmente para modificar cláusulas contratuais que se revelam francamente desproporcionais, ou, ainda, para rever aquelas que provocam onerosidade excessiva.

Trazemos, em complemento ao exposto, as lições de Cláudia Lima Marques:

“Também o Poder Judiciário terá nova função, pois, se as normas imperativas destas leis, aqui chamadas de intervencionistas, restringem o espaço da liberdade individual no contrato, também legitimarão ao Judiciário para que exerça o tão reclamado controle efetivo do conteúdo do contrato, controle da justiça contratual, em especial o controle das cláusulas abusivas.”¹⁹

Por outro lado, é bom ressaltar a importância da atuação consciente do Ministério Público como instituição de defesa da sociedade civil, apta a implementar não só medidas judiciais coletivas (art. 82 inciso I Lei nº 8.078/90), mas também medidas administrativo-preventivas em prol do consumidor.

CAPÍTULO V – CONCLUSÕES

Na abertura de um novo milênio é natural que a sociedade passe em revista todos os padrões que vigoraram até então.

Pulsionada pela perspectiva inquietante de um novo tempo a ser preenchido, renovam-se as expectativas de uma era densa de reformulações humanistas e sociais.

Tais reformulações só serão, entretanto, possíveis, se de sua necessidade absoluta se conscientizarem os juristas.

Cabe assim aos operadores do direito a revitalização dos institutos jurídicos pátrios protetivos daqueles valores, que a Constituição Federal, preambularmente integra ao conceito de Estado Democrático, que a seguir seu texto se propõe a garantir.

A utilização no dia a dia forense dos princípios que informam as relações contratuais sob esta perspectiva de revisão ética de conteúdo e forma, pode ser o caminho para a participação definitiva dos Juízes na modificação da realidade social brasileira, uma verdadeira guinada de uma postura tradicionalmente neutra, apolítica e ausente, para outra, que se enquadra com perfeição no “ativismo judiciário”, a que se referiu recentemente o jurista Dalmo de Abreu Dallari em palestra proferida na AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

Terminamos, certos de podermos anunciar o outono do conformismo racional, verificando que se acendeu, inexoravelmente, no Judiciário, uma reciclagem interpretativa que, conforme ensina Edson Fachin, na “*busca*

¹⁹ MARQUES, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 9.

*de respostas sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas”, construindo assim um outro direito, que deixa de ser o direito da indulgência confortável, e passa a ser um direito que é ferramenta de integração.*²⁰ ◆

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 4